Raumlage und „Tatsächliche Gewalt".

Ein Beitrag zur Lehre vom Besitz.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg a. d. Lahn

vorgelegt von

Horst Schirop
Referendar aus Landsberg (Warthe).

Marburg 1935

Gedruckt in der Dissertationsdruckerei Robert Kleinert, Quakenbrück.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 2. 11. 1934.

Berichterstatter: Geh. Prof. Dr. Leonhard.

Dem Andenken meiner Mutter!

Schrifttum.

Achilles-Greiff: BGB. 12. Aufl. 1927.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. Iher. Jahrb. Bd. 48, S. 101 ff.

Bähr, Otto: Zur Besitzlehre. Iher. Jahrb. Bd. 26 S. 224 ff.

Bähr, Otto: Urteile des Reichsgerichts. 1883.

Baron: Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes. Iher. Jahrb. Bd. 7 S. 38 ff.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. Gruch. Beitr. Bd. 42 (1898) S. 645 ff.

Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen. Iher. Jahrb. Bd. 31 S. 1 ff.

Bekker: Zur Reform des Besitzrechtes. Ebd. Bd. 30, S. 235 ff.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.

Bruns, V.: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 1. Abt. Sachenrecht. 7./8. Aufl. 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1905.

Dernburg: Allgemeine Lehren des BGB. 1902.

Dernburg: Das Sachenrecht. 1908.

Ebbecke: Besitzstand. Im: Recht 1913 S. 261 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. 1905.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 13. Bearb. 1931.

Fleck: Der Bote. Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 15 S. 337 ff.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Auflage. 1931.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. II. Sachenrecht, 1905.

v. Gierke, Otto: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1897.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. II. Bd. 1912.

Goldschmidt, L.: Studien zum Besitzrecht. In: Festgabe für Rud. von Gneist. S. 63 ff. Berlin 1888.

Goldschmidt, L.: Vermischte Schriften. Bd. I: Grundlagen der Besitzlehre.

Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.

Hruza: Der Sachbesitz corpore et animo nach römischem und heutigem Recht. Grünhuts Ztschr. Bd. 24 S. 217 ff.

Ihering: Der Besitzwille. Jena 1889.

Ihering: Beiträge zur Lehre vom Besitz. Iher. Jahrb. Bd. 9 S. 1 ff.

Jung: Bürgerliches Recht. Berlin 1931.

Keith: Die analoge Anwendung der Regeln über Stellvertretung auf den Besitzerwerb durch Besitzdiener gem. § 854 Abs. 1. Diss. Münster 1931.

Kipp: Besprechung von L. Goldschmidt: Vermischte Schriften. Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 52 S. 297 ff.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Berlin 1919.

Kreß: Besitz und Recht 1909.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Krückmann: Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts. Arch.f.Ziv.Prax. Bd. 108 S. 179 ff.

Leonhard, Fr.: Lehrbuch in kurzen Sätzen. 3. Aufl. 1932.

Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Leonhard, Fr.: Erbrecht. 2. Aufl. 1912.

Lenz: Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. 1860.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Bd., 5. Aufl. 1909.

Pininski: Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht. Leipzig 1885.

Planck: Kommentar zum BGB. III. Bd. 4. Aufl. 1920.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. Bd. III, 7. Aufl. 1929.

Rosenberg: Sachenrecht. München 1919.

Rotering: Aus der Lehre vom Besitze. Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 38 S. 55 ff.

v. Savigny (Rudorff): Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. Wien 1865.

Schröder: Der Besitzwille. Diss. Marburg 1933.

Schulze: Zwei Fragen zur Auslegung der §§ 987 ff. BGB. Gruch. Beitr. Bd. 64 S. 400 ff.

Sohm: Institutionen (Mitteis-Wenger). 17. Aufl. 1928.

Sokolowski: Philosophie im Privatrecht. Bd. II. Halle 1907.

Staudinger: Kommentar zum BGB. III. Bd. 9. Aufl. 1926.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte 1914. 2. Hälfte 1918.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1930.

Wendt: Besitz und Besitzwille. In der Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen. 1907.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Das Sachenrecht. 8. Bearbeitung 1929.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Juristische Wochenschrift.

Inhaltsübersicht.

Die vorliegende Darstellung enthält einen Beitrag zur Lehre vom Besitz. Sie will zeigen, daß die Gegensätze zwischen den bestehenden Theorien mit den bisherigen Methoden nicht zu überbrücken sind, und versuchen, auf einem neuen Wege eine befriedigende Lösung des Problems anzustreben. Sie hat sich nicht zur Aufgabe gesetzt, mit noch schärferer Polemik als ein Vorgänger irgend einer Theorie beizupflichten, sondern will die Erkenntnisse der sich gegenüberstehenden Ansichten und die Wege, die zu ihnen geführt haben, auf Fehler und Lücken untersuchen, Falsches ausmerzen und Fehlendes ergänzen. Es wird sich hierbei zeigen, daß letzteres die Hauptarbeit ausmacht. Die Ausfüllung der Lücken wird ganz von selbst eine Berichtigung der Fehler nach sich ziehen, und beides soll für eine praktisch brauchbare Besitzlehre verwertet werden, die eine klare Beantwortung gerade in Zweifelsfällen ermöglicht.

I. Teil.

Die Entwicklung und der Stand des Besitzproblems in der Wissenschaft.

1. Das Problem. Die Fragestellung.

Wenn man die Frage aufwirft: was ist Besitz, so wird sich im Gesetz hierauf keine Antwort finden. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, nur einzelne Formen des als „Besitz“ bezeichneten Verhältnisses einer Person zu einer Sache genauer zu umreißen, so den Besitzerwerb in § 854 und den Besitzverlust in § 856. Der Grund hierfür liegt in dem Unterschied der einzelnen Bedingungen, die den Erwerb, seine Fortsetzung und den Verlust ausmachen. Eine einheitliche Definition würde diesen Unterschied, der im Verkehr tatsächlich besteht, auslöschen und damit der Aufgabe des Rechts, seine Normen nach den Bedürfnissen des Verkehrs zu gestalten und nicht den Verkehr nach seinen Begriffen, widersprechen.

Das hier darzustellende Problem knüpft sich an die Fassung des § 854 Abs. 1, wonach der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben wird. Es besteht in seinem Kernpunkt in einer Analyse des Begriffs der tatsächlichen Gewalt. Hierbei scheiden sich zwei Fragen aus, die die Hauptpunkte der gesamten Untersuchung des ersten Hauptteils der vorliegenden Arbeit sein werden.

1. Läßt sich die Auflösung des Begriffs „tatsächliche Gewalt" bis zu einer vollständigen Definition durchführen und

2. verneinendenfalls: welche allgemeingültigen Begriffsmerkmale lassen sich aufstellen?

2. Ergebnisse und Kritik der Versuche, eine einheitliche Besitzdefinition aufzustellen.

Die erste Hauptfrage wiederum ist getrennt in zwei Unterfragen zu behandeln, deren erste sich damit zu beschäftigen hat, ob das äußere Raumverhältnis der Person zur Sache, welches notwendige Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache ist, sich für eine einheitliche Definition eignet. Erst dann ist als zweite Unterfrage zu klären, ob neben der objektiven Raumlage noch subjektive Elemente in die Besitzdefinition aufzunehmen sind.

a) Savigny.

Noch für das gemeine Recht war die erste Unterfrage derart unproblematisch, daß Savigny sie als eine Selbstverständlichkeit bejahte und an den Anfang seiner Untersuchungen stellte[1]). Er konnte sogar sagen, daß hierin eine allen damals bestehenden Theorien gemeinsame Grundlage zu finden sei[2]). Diese Auffassung Savignys wird verständlich, wenn man jene Besitztheorien einmal näher betrachtet und sich klar macht, wogegen eigentlich seine Ausführungen gingen. Die vor ihm herrschende Meinung erforderte zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt eine körperliche Berührung der Sache. Diese Ansicht entstand aus der Quellenbezeichnung des physischen Besitzmoments mit apprehendere = ergreifen und dürfte ihren Urgrund wiederum in der Tatsache haben, die vielleicht zum ersten Male überhaupt einen Besitzbegriff sinnfällig machte, daß nämlich jemand anders als der Eigentümer der Sache sie in der Hand hält und nutzt. Gegenüber dieser verhältnismäßig primi-

---

[1]) Savigny S. 26.

[2]) Savigny a.a.O.

tiven und rein sinnlichen Auffassung enthält die Definition Savignys einen gewaltigen Fortschritt, indem sie an die Stelle des körperlichen Habens die Einwirkungs möglichkeit setzt. Und mit ihrer Aufstellung ist auch die Aufgabe Savignys gelöst: nämlich zu beweisen, daß in den Fällen, in denen die Quellen eine körperliche Berührung nicht verlangen, eine regelrechte Form des Besitzes und keine fingierte oder symbolische Apprehension vorliegt. Daß Savigny dann nicht noch seine Definition einer eingehenderen Prüfung unterzogen hat, ist aus diesen Erwägungen heraus verständlich. Für uns aber besteht die Aufgabe, zu prüfen, ob die von ihm gefundene Formel eine befriedigende Antwort auf die vorangestellte Frage enthält. — Es soll zur Herstellung des „corpus“ des Besitztatbestandes erforderlich sein, „die Möglichkeit einer physischen Einwirkung auf die Sache und die Verhinderung fremder Einwirkungen“[3]. Diese Definition deckt sich in ihren beiden Teilen nicht mit der heute ganz allgemein herrschenden Auffassung der Besitzlehre. In ihrer ersten Hälfte wird sie auch von Windscheid[4]) befürwortet, der aber zugibt, daß eine feste alle denkbaren Fälle unmittelbar entscheidende Regel sich nicht geben läßt, und ergänzend das richterliche Ermessen eintreten muß.

Was zunächst die Möglichkeit physischer Einwirkung betrifft, wird sie als grundsätzliches Erfordernis von Savigny selbst widerlegt, wenn er ausführt, daß im Falle eines Besitzerwerbs durch „custodia“ der Käufer den Besitz an der Sache erwirbt, wenn sie in seinem Hause niedergelegt wird, auch wenn er sich nicht im Hause befindet — also doch wohl von einer unmittelbaren physischen Einwirkungsmöglichkeit nicht gesprochen werden kann. Nicht entkräftet wird diese Formulierung Savignys durch ein sehr häufig gebrachtes Beispiel[5]), daß ein auf einem freien Felde liegender Pflug, bei dem die Einwirkungsmöglichkeit für jedermann besteht, für den gerade in der Stadt weilenden Besitzer aber vollständig fehlen kann, trotzdem im Besitze desselben bleibt. Hier liegt eine Verwechslung des von Savigny sehr wohl geschiedenen Besitzerwerbs mit der Besitzlage vor[6]). Für das Vorhandensein der letzteren ist nicht erforderlich die unmittelbare physische Einwirkungsmöglichkeit, sondern nur die Möglichkeit ihrer jederzeitigen und willkürlichen Repro-

---

3) Vgl. auch S. 210 ff. S. 238.

4) Windscheid-Kipp § 153.

5) Wolff § 5 III; Rosenberg § 854, I, 1.

6) Vgl. hierzu auch S. 13.

duktion[7]). Und wer wollte bezweifeln, daß dies auch für den geschilderten Fall zutrifft, in dem der in der Stadt weilende Besitzer jederzeit nach Willkür zu seinem Grundstück zurückfahren und die unmittelbare physische Einwirkungsmöglichkeit herstellen kann.

Auch das andere Erfordernis, fremde Einwirkungen auf die Sache zu verhindern, ist für das Vorliegen einer tatsächlichen Gewalt nicht wesentlich. In alten Zeiten mag das körperliche Haben, das Mächtiger- und Stärkersein als andere den Begriff der tatsächlichen Gewalt ausgemacht haben; nach der heutigen Anschauung ist auch ein Kind, das Einwirkungen auf seine Sache nicht zu verhindern vermag, solange Besitzer und Inhaber der tatsächlichen Gewalt, wie kein erfolgreicher Angriff geschieht. Es kommt also nicht auf zukünftige Möglichkeiten, sondern nur darauf an, daß gegenwärtig keine fremde Macht die unsrige ausschließt[8]), sondern sie respektiert. Savignys Formel gibt also keine einwandfreie Beantwortung der zu untersuchenden Frage.

b) Jhering.

Gegen den Versuch Savignys, den Besitz aus sich selbst heraus zu erklären und zu definieren, wendet sich insbesondere Jhering in seinen beiden Schriften über den Grund des Besitzschutzes und den Besitzwillen. Der Kernpunkt der Jheringschen Lehre, dessen Ausstrahlungen für alle Ergebnisse grundsätzliche Bedeutung haben[9]), sind seine Feststellungen über den Grund des Besitzschutzes. Nicht als ein dem Eigentum selbständig gegenüberstehendes Herrschaftsverhältnis, dessen eigenmächtige Störung als verbotene Gewalttätigkeit widerrechtlich ist[10]), ist der Besitz schutzwürdig, sondern als die Tatsächlichkeit des Eigentums. Besitz und Eigentum stehen sich nach Jhering nicht getrennt und fremd gegenüber, sondern ergänzen sich gegenseitig[11]). Erst daraus, daß man in dem Besitz die tatsächliche Seite des Eigentums sieht, ließe sich der Grund des Besitzschutzes, so wie er sich aus den römischen Quellen ergibt, einwandfrei erklären.

---

[7]) Savigny S. 239.

[8]) neben den in Anm. 5 Genannten auch Windscheid § 153 Anm. 4. u. 8.

[9]) Vgl. Besitzschutz S. 123. „Für mich ist also die Lehre von den Voraussetzungen des Besitzes nicht durch ihn selbst gegeben, sondern ausschließlich bestimmt durch den praktischen Zweck des Besitzschutzes."

[10]) so Savigny S. 30/31.

[11]) Jhering, Besitzschutz S. 44 ff.

Aus diesem Grundgedanken zieht Jhering zwei Folgerungen[12]): 1. Der Besitz ist nicht um seiner selbst willen da, sondern um des Eigentums willen. In dem Besitz verteidigt sich der Eigentümer gegen die ersten Angriffsversuche auf sein Recht. — Um des Eigentums willen ist der Besitzschutz eingeführt.

2. Schutz des Besitzes, „.... eine dem Eigentümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber notwendigerweise auch dem besitzenden Nichteigentümer zugute kommt". Darzustellen, inwieweit diese Ausführungen gegenüber der Lehre Savignys durchschlagen, würde im Rahmen der Beantwortung der gestellten Frage zu weit führen. Zur Kritik mag nur folgendes gesagt sein. Der rechtsphilosophische Ausgangspunkt Jherings erscheint nicht überzeugend. Die Sinnfälligkeit eines besonderen Besitzbegriffs ist m. E. nicht aus, sondern im Gegensatz zum Eigentum entstanden. Solange der Eigentümer einer Sache sie selbst in der Hand hält und nutzt, solange ist sowohl die rechtliche wie auch die tatsächliche Seite ausreichend erklärt mit dem Begriff „Eigentum". Erst ein Auseinanderfallen der tatsächlichen und der rechtlichen Seite zwingt auch den primitiven Menschen zur Bildung eines selbständigen Besitzinstituts. Daß hierbei nach Möglichkeit das Neue an die bereits als feststehend entwickelten Begriffe angelehnt wird, ist eine allgemeinverständliche Erscheinung. Und so erklären sich auch in den von Jhering herangezogenen Quellen die Wechselbeziehungen zwischen Eigentum und Besitz.

Wenn sich nun die Theorie Jherings auf Grund eben dieser Wechselbeziehungen im gemeinen Recht vielleicht begründen und vertreten läßt, so steht sie jedoch mit den Bestimmungen des BGB. in einem offenen Widerspruch. Denn während dort der Schutz des Eigenbesitzes im Vordergrund steht, hinter dem die drei Ausnahmen eines Fremdbesitzschutzes ganz zurücktreten, hat das BGB. die Ausnahme zur Regel gemacht und letzteren dem ersteren gleichgestellt. Auf den Fremdbesitz paßt die Jheringsche Formulierung aber gar nicht[13]). Denn dieser will weder aus seinem Besitz einen Beweis seines Eigentums ableiten — er erkennt einen anderen als Eigentümer an —, noch will er in ihm Angriffe gegen dieses Recht verteidigen. Für ihn hat der Besitz nicht als Vorstufe und Ergänzung des Eigentums Bedeutung, sondern als s o l c h e r. Wenn aber in diesem Falle der Besitz als solcher um seiner selbst willen ge-

---

[12]) a.a.O. 52/53.

[13]) Vgl. auch Crome § 347 Anm. 6.

schützt wird, dann ist der Grund des Besitzschutzes immer in ihm selbst zu suchen.

Die rechtshistorische und rechtspolitische Entwicklung des Besitzes hat sich gegen die Theorie Jherings entschieden. Nicht eine Verbindung mit, sondern eine Loslösung von den Resten der Einwirkung des Eigentums auf den Besitz war deshalb anzustreben[14]). Da fernerhin die gesamte Lehre Jherings sich gegen den Begriff der tatsächlichen Gewalt richtet[15]) und ihn auszumerzen und durch andere Begriffe zu ersetzen versucht, so bedeutet dieser Teil seiner Ausführungen eine Entfernung von dem uns gestellten Problem: ob eine Definition des Begriffs der tatsächlichen Gewalt denkbar und gefunden ist.

Der Vorwurf der Unvollständigkeit wäre berechtigt, wollte man mit diesem Ergebnis die Bedeutung Jherings für unser Problem erschöpft sehen. In seiner „Kritik des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches"[16]) wendet sich Jhering noch einmal scharf gegen die Uebernahme des Begriffs der tatsächlichen Gewalt und sagt (S. 479): „Selbst wenn in das neue Gesetzbuch dieser Begriff aufgenommen werden würde, wird sich doch ein verständiger Richter sagen müssen", „daß das Gesetzbuch zwar dies gesagt, aber ein anderes gemeint hat". Das bedeutet nichts anderes, als daß sich der Inhalt dieses Begriffs in Wahrheit mit der von ihm gefundenen Definition decken soll. Und dieser wahre Inhalt des Besitzes ist für ihn „dasjenige tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist[17]). Die Widerlegung dieser Definition ist insofern erleichtert, als sich bereits die zweite Kommission mit ihrer Richtigkeit zu beschäftigen hatte[18]). Und sie stellte fest, „daß der Bestand dieses Verhältnisses zwar ein, wenn auch nicht das einzige, Kennzeichen für das Vorhandensein des Besitzes sei und die Herstellung desselben zu seinem Erwerbe in manchen Fällen nicht erforderlich, in manchen nicht genügend sei". Da wir uns später bei der Darlegung des gegenwärtigen Standes des Besitzproblems mit Ausführungen ähnlichen Inhalts noch einmal zu beschäftigen haben werden, soll die eingehende, insbesondere beispielsmäßige Widerlegung der Jheringschen Definition bis dahin zurückgestellt werden.

---

[14]) So auch Planck, Vorbem. zu § 854, 4 Abs. 2.
[15]) Vgl. Besitzschutz S. 136/37 ff.
[16]) Besitzwille S. 470 ff.
[17]) a.a.O. S. 481.
[18]) Prot. III S. 29.

Auch soweit von anderer Seite Versuche angestellt wurden, eine Definition der tatsächlichen Gewalt als dem Besitz „corpus" zu geben, sind dieselben sämtlich als mißlungen anzusehen und stellen fast ausschließlich Modifikationen der Savignyschen[19]) oder einer der beiden Jheringschen Formulierungen[20]) dar. In den meisten Fällen gehen sie überhaupt am Problem vorbei wie die Ausführungen Jherings über den Grund des Besitzschutzes und seine Auswirkungen auf den Besitztatbestand, indem sie sich nicht auf eine Analyse des Begriffs der tatsächlichen Gewalt beschränken, sondern einfach an dessen Stelle das Besitz„corpus" in anderer Weise definieren[21]).

3. Die Elementarbegriffstheorie (Goldschmidt).

Diesen dargestellten Versuchen, eine Definition des Begriffs der tatsächlichen Gewalt zu geben, tritt eine Ansicht gegenüber, die von vornherein eine Erklärungsmöglichkeit der tatsächlichen Gewalt im Sinne einer juristischen Definition verneint. Ihre Besitzlehre baut sich auf auf der Erkenntnis, daß der Begriff der tatsächlichen Gewalt ein elementarer ist und sein Inhalt sich nach der Verkehrsanschauung bestimmt. Man darf diese Theorie als die heute herrschende bezeichnen und wir werden uns deshalb mit ihr eingehender zu beschäftigen haben.

Ihre erste zusammenfassende und eingehende Darstellung hat diese Anschauung bei Goldschmidt[22]) gefunden, wenngleich Andeutungen auch vor ihm bereits bei Dernburg (Preuß. Privatrecht I § 148) zu finden sind. Goldschmidt geht von der Feststellung aus, daß der Besitz ein „unmittelbar aus dem Tatbestand des menschlichen Zusammenlebens geschöpfter, ein gesellschaftlicher (sozialer) Urbegriff ist. Gewohnheit, Gesetz, Rechtspraxis determinieren und modifizieren ihn wohl, sie

---

[19]) Hruza in Grünhuts Ztschr. 24 S. 237; Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht 1895: der Besitz sei die Möglichkeit, über eine Sache beliebig und ausschließlich verfügen zu können. Neumann § 854, 2 a, der aber auch gleichzeitig die Jheringsche Formulierung übernimmt. Lilienthal-Goldmann S. 3 und Anm. 2.

[20]) Strohal: Sukzession S. 67 verlangt die „faktische, auf Dauer veranlagte Ausübung des wesentlichen Eigentumsinhalts". Wohl auch Krückmann wenigstens dem Grundgedanken nach (Arch.Ziv.Pr. 108 S. 86/87). Besitz sei die Möglichkeit, Eigentum auszuüben.

[21]) Pininski S. 39 ff., S. 165/166 will an die Stelle des Begriffs der tatsächlichen Gewalt den des wirtschaftlichen Dienens der Sache, der wirtschaftlichen Verbindung der Sache mit der Person setzen.

[22]) „Studien zum Besitzrecht" und „Grundlagen der Besitzlehre".

schaffen ihn nicht“[23]). Um deshalb den Besitzbegriff zu erfassen, muß das „Gemeinbewußtsein befragt werden, welches Machtverhältnis ihm als tatsächliche Herrschaft, als Besitz erscheint“[24]). Richtig — und darin liegt vor allem die große Bedeutung der Goldschmidtschen Theorie für die weitere Entwicklung des Besitzrechts — ist die Idee der Abkehr von dem Gedanken, den Besitzbegriff in der Hauptsache durch Rechtssätze bestimmen zu wollen, und die Betonung der Lebensanschauung. Seine Theorie hat aber, wie Goldschmidt auch selbst ausführt, die notwendige Folge, daß sie Abstand davon nimmt, eine allgemeingültige Formel für alle Besitzlagen zu suchen und zu finden[25]). Dieser Darstellung folgen u. a. vor allem Wolff[26]), Rosenberg[27]), Crome[28]), Gierke[29]), Biermann[30]), Staudinger[31]), Strohal[32]) und letzten Endes auch Planck[33]).

Auf Grund dieser Erkenntnisse wurden zwei Aufgaben entwickelt. Einmal möglichst viele einzelne und allgemeingültige Begriffsmerkmale zu finden, die eine Feststellung der Besitzlage erleichtern, sei es positiv, in dem sie für den Besitz wesentlich sind, sei es negativ, indem bei ihrem Vorhandensein ein Besitz abzulehnen ist; zweitens: Maßstäbe für eine Beurteilung des Gemeinbewußtseins zu geben. Eine Darstellung dessen, was bisher auf diesem Wege erreicht wurde, und inwieweit diese Aufgaben als gelöst anzusehen sind, soll im folgenden die Mittel in die Hand geben, aus Vergleichen zu zeigen, wo bereits feste Begriffsmerkmale gefunden sind, und welche erkennbaren Fehler sich eingeschlichen haben.

Die aufgestellten Begriffsmerkmale lassen sich in zwei Gruppen einteilen, deren erste sich mit der objektiven Raumlage beschäftigt, während in der zweiten das Problem behandelt wird, ob und in welchem Umfange subjektive Momente bei der Bildung der Besitzlage mitsprechen.

---

[23]) Besitzlehre S. 49.
[24]) a.a.O. S. 78.
[25]) Studien S. 65. „Der Gewaltbegriff des Besitzcorpus duldet keine juristische Analyse, nur eine kasuistische Exemplifikation“.
[26]) § 5, III.
[27]) — 854, I, 1.
[28]) § 347, II.
[29]) II § 115, II.
[30]) § 854, 2.
[31]) § 854, I, 1.
[32]) Sachbesitz S. 4.
[33]) § 854, 3 Abs. 2 und ff.

a) Die von der Elementarbegriffstheorie entwickelten objektiven Besitzmerkmale.

Verhältnismäßig unbestritten ist in der ersten Gruppe das Merkmal der Festigkeit. „Eine Sachberührung, die von vornherein als eine flüchtige angelegt ist, ist nicht Sachherrschaft"[34]. In der Tat ist diesem Erfordernis zuzustimmen, wenn man es so auslegt, wie es wohl Wolff gedacht haben will, daß die Beziehung von Person und Sache nicht von vornherein als flüchtig angelegt sein soll. Nicht ganz erfaßt, aber verdeutlicht ist der Sinn des Gedankens vielleicht mit dem Wort „Festigkeitsinteresse". Der — besonders von Heck[35] — geführte Streit hiergegen knüpft sich an eine von Rosenberg[36] vorgenommene ungenaue Abwandlung des Festigkeitsbegriffs zum Element der Dauer. Seiner Ablehnung ist allerdings insoweit zuzustimmen. Für die Frage, ob ich Besitzer einer Sache bin oder nicht, spielt es keine Rolle, ob ich sie nur fünf Minuten oder acht Tage habe. Auch wenn ich mir ein Buch nur für ganz kurze Zeit geliehen habe, bin ich doch, sofern ich mich aus dem unmittelbaren Machtbereich des Verleihers entferne, Besitzer.

Abzulehnen dagegen ist mit der h. M.[37] das Erfordernis der Sichtbarkeit und Erkennbarkeit des Besitzes. Das ergibt sich schon aus der einfachen Ueberlegung, daß, wenn der Besitz sichtbar und erkennbar wäre, kaum noch ein Streit über das Besitzproblem denkbar ist. Gerade aus der Notwendigkeit, ihn erst „geistig" sichtbar zu machen, ergeben sich die Streitfragen.

Damit wäre die Aufzählung der Begriffsmerkmale, die für das objektive Verhältnis der Person zur Sache gefunden und aufgestellt wurden, bereits erschöpft. Hierbei sind allerdings zwei Arten bewußt ausgelassen worden. Einmal alle diejenigen, die — in unendlicher Zahl — beispielsmäßig für einzelne Gruppen von Besitzlagen aufgestellt wurden. Sie sind mangels einer Allgemeingültigkeit für eine grundlegende Weiterentwicklung des Besitzproblems nicht geeignet. Ferner alle diejenigen — ich nenne sie „Sammelbegriffe" —, die weder die objektive noch die subjektive Seite für sich allein betrachten, sondern von einem Sammelbegriff aus — z. B. Bereitschaftslage, wirtschaftliches Verhältnis — das Besitzproblem lösen

[34]) Wolff § 5 III, 1.
[35]) § 6, 5.
[36]) § 854 I, 1 a.
[37]) Vgl. Rosenberg § 854 I, 1 c und Literatur.

wollen. Sie werden nach Erledigung der hier zu behandelnden zweiten Gruppe — der subjektiven Seite des Besitzes — eine gesonderte Darstellung finden.

b) Der Besitzwille.

Der eigentliche Hauptstreit um das Besitzproblem wird ausgetragen bei der Frage, ob der Besitzerwerb einen Willen erfordert oder nicht. Und hier haben sich Ansichten in allen nur denkbaren Schattierungen entwickelt. Wollte man sie in ein System bringen, so ergeben sich als Gegenpole die Meinungen, deren eine zum Besitzerwerb den Willen immer, und deren andere ihn niemals erfordert. Dazwischen Kompromisse in allen möglichen Farben, angefangen von vereinzelten bis zu grundsätzlichen Ausnahmen innerhalb einer jeden Theorie.

Grundsätzlich einen Willen zum Besitzerwerb fordern vornehmlich: Wolff § 10, II; Endemann § 34 Anm. 4; Planck § 852, 2; RGRK. § 854, 3; Bruns S. 56, 58, 43; Ebbeke S. 264; RG. 106, 135/36. Eine Untergruppe bilden hier alle diejenigen Schriftsteller, die zwar auch grundsätzlich einen Besitzwillen fordern, aber die Möglichkeit anerkennen, daß Besitz auch ohne Besitzwillen erworben werden kann (Achilles-Greiff, Vorbem. 3 zu § 854; v. Tuhr II S. 113; Manigk S. 663; Dernburg § 17, 2, der in solchen Fällen von einer Nebenform des Besitzes spricht). In der anderen Hauptgruppe, die den Willen als Besitztatbestandsmerkmal ablehnt, werden von den meisten Vertretern Ausnahmen zugegeben, bei denen ein Wille als zusätzliches Tatbestandsmerkmal zur Besitzbegründung erforderlich sein kann, und zwar in der Hauptsache dann, wenn sich aus dem Raumverhältnis ein sicherer Schluß nicht ziehen läßt (Rosenberg § 854 I, 2; Strohal S. 67; Aravantinos S. 125; Biermann § 854, 3 b; Leonhard, Fahrnis S. 970; Jung S. 924). Daneben wird noch vereinzelt eine negative, den Besitzerwerb ausschließende Funktion des Willens hervorgehoben (Crome § 347 II, 3 b; Kretzschmar § 854, 3).

Eine methodische Lösung dieser Streitfrage ist nicht erreicht, denn aus den Beweismitteln, die die einen für die Richtigkeit ihrer Auffassung anführen, lesen die anderen genau das Gegenteil heraus[38]). Ein näheres Eingehen, insbesondere eine Stel-

---

[38]) Z. B. Wolff § 10, II. „Ob Besitzwille erforderlich ist, ist streitig. Das Gesetz erfordert ihn nicht neben der tatsächlichen Gewalt; aber man kann nicht sagen, daß jemand eine Sachgewalt begründen könne, der sie nicht begründen will.“ Und dagegen Leonhard: Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 101, III: „Besitzwille ist nicht erforderlich.

lungnahme im Rahmen einer dieser Ansichten, kann hier nicht erfolgen, da m. E. das Problem aus sich selbst heraus nicht zu lösen ist. Daß der Wille allein keinen Besitz begründen kann, ist unbestritten. Grundlage ist und bleibt immer die objektive Beziehung der Person zur Sache. Solange aber sie nicht klar erkannt ist, bedeutet der Streit um den Willen einen Streit in der Luft ohne Grund und Boden, was in der Unzahl der verschiedenartigsten Kombinationen denn auch klar zutage tritt. In dem großen Umfang, den dieser Streit angenommen hat, liegt eine Ueberbewertung der subjektiven Seite des Besitztatbestandes[39]), die zur Folge hat, daß man sich von der eigentlichen Aufgabe, der Entwicklung der Raumlage als Erkenntnisform des Besitzes immer mehr entfernt hat. Bevor man nicht bewiesen hat, warum ein Wille erforderlich ist, kann man nicht sagen, daß er erforderlich sei. Die Natur der Sache und die Verbindung mit dem römischen Recht bieten dafür allerdings wenig Anhaltspunkte, letztere um so weniger, als der Entwurf II die Besitzlehre vom römischen Recht völlig freigemacht und auf eine ganz neue Grundlage gestellt hat[40]).

c) Die Leitsätze zur Erfassung und Verwertung des „Gemeinbewußtseins".

Ergänzend zu diesen Begriffsmerkmalen für den objektiven und den subjektiven Besitztatbestand treten die Leitsätze hinzu, die sich aus einer erkenntnismäßigen Verwertung des Gemeinbewußtseins ergeben. So sagt z. B. Wolff § 5, III, 4: „Das Urteil, das durch die Verkehrsanschauung gefällt wird, beruht regelmäßig auf einer zweierlei wägenden Betrachtung: a) auf einer Betrachtung des Raumverhältnisses, b) auf der Betrachtung des scheinbaren Rechtsverhältnisses". In ihrer Beziehung zueinander ist das Raumverhältnis stets notwendiger, aber manchmal für sich allein nicht ausreichender Bestandteil des Besitztatbestandes, während einem etwa vorliegenden Rechtsbande ergänzende Funktion zukommen kann. Wenn ich jemandem den Schlüssel zum Weinkeller übergebe, um ihm den

---

Nach § 854 ist lediglich objektive Herrschaft nötig. Auch wer gar nicht besitzen will, hat bei tatsächlicher Herrschaft Besitz". Vergl. ferner Fahrnis S. 59 u. 69. Für die Entstehungsgeschichte Biermann § 834, 3 a für die objektive Theorie, dagegen die h. M., die sich auf Mot. III S. 81 und die Unklarheit der Protokolle berufen. Vgl. Keith S. 29 u. Lit.

[39]) Vgl. Goldschmidt S. 92, der hiervor schon auf dem Boden des römischen Rechts warnte.

[40]) Strohal, Sachbesitz S. 2 ff.

Besitz der Weine zu verschaffen, so erlangt er die tatsächliche Gewalt darüber schon mit dem Besitz des Schlüssels; wenn er den Schlüssel stiehlt, erwirbt er sie noch nicht. Aehnlich auch Crome § 347 II, 1 b: „Die Macht über eine Sache hängt nicht bloß von der persönlichen physischen Kraft ab, sondern auch von der allgemeinen Anschauung und den Regeln der bürgerlichen Gesellschaft, der öffentlichen Ordnung usw., zufolge deren niemand ohne weiteres in die geordnete Herrschaftssphäre eines andern einzugreifen pflegt", und viele andere. Aus allen diesen Erörterungen zeichnet sich immer wieder der Kern der Goldschmidtschen Lehre ab: wir können keine Definition geben, also beschränken wir uns auf eine so weit als mögliche Erfassung des Gemeinbewußtseins. Daß hierin weniger ein Fortschritt als vielmehr ein Rückschritt liegt, zeigt sich in dem immer wieder und immer häufiger auftauchenden Rückgriff auf den von Ihering geprägten wirtschaftlichen Gewaltbegriff[41]).

d) Ergebnis und Kritik.

Wenn man nun nach dem praktischen Ergebnis der aufgezeigten Theorie fragt, so ergibt sich, daß die zweifelhaften Fälle bedeutend vermehrt worden sind. Denn die Frage an das Gemeinbewußtsein wird nur in eindeutigen Fällen eine eindeutige Antwort geben, in problematischen dagegen wird es uns die Antwort versagen. Da aber die Anerkennung durch das Gemeinbewußtsein für den Gesetzgeber und den Richter Schutzwürdigkeit bedeutet, so lautet die Endfrage, die sich diese Theorie stellt und stellen muß: Ist das fragliche tatsächliche Verhältnis des Besitzschutzes würdig?[42]) Es wird gezeigt werden, daß dieser Satz zwar praktisch von geringer Bedeutung ist, da die Ansichten über Schutzwürdigkeit im Einzelfalle sehr auseinandergehen werden, dagegen für die Entwicklung des Besitzbegriffs von weitgehender Bedeutung ist. Ihn klar herausgestellt zu haben, ist das unbestreitbare Verdienst aller Anhänger der Goldschmidtschen Theorie. Ihr Fehler liegt darin, daß man — anscheinend aus Scheu vor dem Elementarbegriffscharakter der „tatsächlichen Gewalt" — vor einer tieferdringenden Erkenntnis der Raumlage so schnell die Waffen streckte und übersah, wie sehr ganz allgemein Anerkennung und Schutzwürdigkeit in ihr zum Ausdruck kommen.

---

[41]) Crome § 347 II, 1 a: „Es handelt sich nicht um eine absolute Gewalt, sondern nur um eine Macht, soweit sie wirtschaftlichen Wert hat".

[42]) Vgl. Wolff § 5 Anm. 5.

4. Planck.

Eine gewisse eigenartige Sonderstellung nimmt Planck ein[43]), der, ausgehend von der Savignyschen Formulierung, durch noch weitergehende Idealisierung der „Einwirkungsmöglichkeit“ einen Zusammenhang mit der herrschenden Lehre herstellen will und herstellt. Er wirft der h. M. vor, daß sie sich im Kreise bewege. „Wir suchen den Tatbestand, an den die Rechtsordnung den Besitzschutz knüpft, und worauf wir hinauskommen, ist, daß Besitz ist, was unter dem Schutz der Rechtsordnung steht.“ Aber gleich darauf gibt er zu, daß ein solcher Kreisschluß unvermeidbar ist: „Vielleicht ist es auch gar kein Fehler“. „Es gibt in den Fällen des Zweifels kein anderes Prinzip der Entscheidung. Wir müssen unser Wissen um das Leben, um den Verkehr und seine Gewohnheiten zusammennehmen und aus dem aus dieser Gesamtvorstellung klingenden Gefühl heraus prüfen, welches — im allgemeinen sowohl, wenn es gelingt, als auch unter den Umständen des einzelnen Falls — die Voraussetzungen sind, unter denen wir jenen des Schutzes würdigen Zustand im Verhältnis des einzelnen zur Sache anzuerkennen haben“. — Damit stellt sich auch Planck auf den Boden der herrschenden Meinung.

5. Die Versuche, die Besitzlage mit einem Sammelbegriff zu zu erfassen (Leonhard und Heck).

Etwas gesondert, aber doch nahe der h. M. steht eine Gruppe von Schriftstellern, die den Besitzstand — wie schon angedeutet — mit einem „Sammelbegriff“ erfassen und erklären wollen. Die Hauptvertreter dieser wissenschaftlichen Richtung sind Leonhard und Heck. Ersterer gibt uns eine Erklärung der tatsächlichen Herrschaft dahingehend, daß sie aus Umständen bestehe, „wonach die Sache zur Verwendung jemandes bereit erscheine“[44]). Der Vorzug dieser Lehre — dies sei gleich vorweggenommen — liegt in ihrer Front gegen eine Ueberspannung des subjektiven Elements des Besitztatbestandes, die bereits oben als Fehler festgestellt wurde, ihr Nachteil in der jedem Sammelbegriff eigentümlichen Weite, die ein mehr gefühlsmäßiges Erfassen bedingt als klare Entscheidungen ermöglicht. Auch ein Schlüssel, den mein Freund vor seine Wohnung an einem mir bekannten Platz zur Abholung bereit gelegt hat,

---

[43]) Vorbem. zu § 854, 3 Abs. 2.

[44]) Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 100 II A.

erscheint einer natürlichen Auffassung „zu meiner Verwendung bereit", und doch wird niemand behaupten, daß, solange ich ihn tatsächlich noch nicht abgeholt habe, ich bereits Besitzer bin.

Diese „Bereitschaftslage" einer Sache darf nicht verwechselt werden mit der Möglichkeit oder gar tatsächlich erfolgten Nutzung[45]). Beides wäre viel zu eng und würde dem Besitzbegriff des BGB. nicht gerecht werden, eine tatsächlich erfolgte Nutzung sogar praktisch auf den vor Savigny herrschenden Apprehensionsbegriff der tatsächlich erfolgten Berührung hinauslaufen. In ihnen verkörpert sich aber gleichzeitig als Oberbegriff der immer wiederkehrende Gedanke Jherings, daß der Besitz dasjenige tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache sei, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist[46]). Er soll an dieser Stelle noch einmal eingehend untersucht werden, um festzustellen, wie weit seine praktische Brauchbarkeit reicht. Das durch den wirtschaftlichen Zweck einer Sache gebotene tatsächliche Verhältnis läßt sich auf zwei vollkommen verschiedene Arten bestimmen. Es ist verschieden, je nachdem man den der Sache selbst innewohnenden oder den sich aus einem Rechtsverhältnis oder anderen Umständen ergebenden wirtschaftlichen Zweck zugrunde legt. Eine Dreschmaschine hat den wirtschaftlichen Zweck, Getreide auszudreschen, wenn sie im Winter aber auf dem Hofe des mit dem Bauern in Geschäftsverbindung stehenden Futterhändlers aufgestellt ist, dann bestimmt sich der wirtschaftliche Zweck für dieses Raumverhältnis aus dem in Ansehung der Sache abgeschlossenen Rechtsverhältnis. Ebenso liegt es in den meisten Fällen, in denen Sachen verpfändet sind. Der sich aus der Sache unmittelbar ergebende wirtschaftliche Zweck ist verschieden von dem durch das Pfandrechtsverhältnis bedingten, und die Folge hiervon ist eine Verschiedenheit des durch den wirtschaftlichen Zweck der Sache gebotenen Raumverhältnisses. Welcher wirtschaftliche Zweck soll nun maßgebend für die Bestimmung des Besitzes sein? Ist es der sich aus der Sache selbst ergebende, so versagt diese Erklärung in den angeführten Beispielen. Abstrahiert man dagegen aus dieser Definition das bloße Raumverhältnis, d. h. erachtet man dasjenige Raumverhältnis als maßgebend für den Besitzstand, das durch die gewöhnliche wirtschaftliche Bestimmung hergestellt wird, so scheitert das wieder an der

---

[45]) Vgl. Schröder S. 32 und ff. in einem wohl nicht ganz zutreffenden Versuch der Erläuterung der Leonhardschen Lehre.

[46]) Vgl. auch Crome a.a.O. (Anm. 41 oben S. 12) und Rosenberg § 854 I, 1 b zu Jhering s. oben S. 6 ff.

unendlichen Vielgestaltigkeit desselben, in der ein und dieselbe wirtschaftliche Beziehung zum Ausdruck kommen kann; — der eine Bauer drischt auf dem Felde, der andere auf dem Hofe, ein dritter in der Scheune. Nimmt man dagegen den sich aus dem Kausalverhältnis ergebenden wirtschaftlichen Zweck, so versagt dieses Hilfsmittel in allen den Fällen, in denen ein Kausalverhältnis fehlt. Wir sehen hieraus, daß auch das wirtschaftliche Moment nur eine Verschiebung, aber keine Lösung der problematischen Fälle bringt[47]).

Auch Heck[48]) scheitert mit seiner Besitzlehre letzten Endes an der Weite des Sammelbegriffs, umso mehr, als er uns statt eines gleich eine ganze Reihe von solchen zur Verfügung stellt und zur beliebigen Auswahl überläßt[49]). In ihm findet die den Besitzbegriff „beschreibende" Richtung der Theorie ihren Höhepunkt und wohl auch ihren Abschluß. Ausgehend von einer Interessenforschung, die den Grund des Besitzschutzes bilden soll, kommt Heck in einem leichten Gegensatz zur herrschenden sog. Friedenstheorie zu seiner Ausgangsformulierung: „Der Grund, weshalb der Besitzer geschützt wird, liegt in dem Bedürfnis, die Kontinuität der Lebensverhältnisse nach Möglichkeit zu wahren"[49a]). Er nennt diese Formulierung gegenüber der Friedens- „Kontinuitätstheorie" und bezeichnet ihren Inhalt mit „Kontinuitätsinteresse des Besitzers an der Erhaltung der Sache in seiner Interessensphäre"[50]). Der Hauptgegensatz Hecks zur Lehre von der tatsächlichen Gewalt als eines Elementarbegriffs (Goldschmidt) zeigt sich in dem bereits von Planck[51]) begonnenen

---

[47]) Vgl. auch Leonhard, Lehrb. i. k. Sätzen S. 100 II A, 2.

[48]) §§ 5, 6 und 10.

[49]) § 5, 6 a: „Der gleichzeitige und abwechselnde Gebrauch verschiedener Formeln für den Begriff des Besitzstandes ist natürlich (?) durch die Methode der Rechtsanwendung bedingt". Sie beschränken sich, ebenso wie die Elementarbegriffstheorie, auf den „Orientierungszweck für den richterlichen Verstand".

[49a]) § 5, 7.

[50]) § 3, 7.

[51]) Vorbem. zu § 854 vor 4: „Was insbesondere das gemeine Bewußtsein oder die vielberufene Verkehrsanschauung angeht, so ist wichtig, auch das auf das richtige Maß zurückzuführen. Selbst wenn diese Verkehrsanschauung faßbarer wäre als sie ist, würde sie sich ihrer selbst doch nur in den typischen Fällen sicher sein, wo wir eines Maßstabes ohnehin nicht bedürftig sind. In den zweifelhaften Fällen dagegen, die auf der Grenze liegen, läßt sie uns im Stich, und ist so weit entfernt, uns eine Richtschnur an die Hand zu geben, daß sie vielmehr — mit Fug und Recht — die Entscheidung von uns Juristen verlangt".

Angriff auf das von dieser Lehre als für die Besitzstandsfeststellung maßgeblich erachtete Gemeinbewußtsein. Auch nach der von ihm vertretenen Anschauung beeinflussen die zeitlichen und örtlichen Verhältnisse das Besitzrecht, „das Zwischenglied ist aber nicht die Vorstellung des gemeinen Bewußtseins von tatsächlicher Gewalt, sondern das Zwischenglied sind die Lebensbedürfnisse, die wechseln, und denen sich die Rechtsnormen anpassen“[52]). Daß man mit dieser Erkenntnis viel weiter kommt, ist kaum anzunehmen. Denn es wurde bereits dargestellt, daß auch die Goldschmidtsche Lehre letzten Endes auf eine Frage nach der Schutzwürdigkeit, für die wohl maßgeblich auch die Lebensbedürfnisse sind, hinausläuft. Heck ersetzt dann die Lehre vom Elementarbegriff durch seine Blankett-Auffassung des § 854, I. Die Rechtfertigung hierzu erblickt er vor allem in der Tatsache, daß dem § 854 Abs. 1 kein Verweisungscharakter anhaften kann, weil „die Alltagsvorstellungen „tatsächliche Gewalt“ und „tatsächliche Herrschaft“ durchaus unabgegrenzt sind, die scheinbare Unbestimmtheit der Gesetzesbegriffe demnach eine wirkliche und gewollte ist“[53]). Die Ausfüllung dieser „legislativen Blankette“ hat aus der ratio legis, aus dem Grund des Besitzschutzes zu erfolgen. In Entwicklung dieser Idee kommt Heck dann zur Aufstellung der bereits oben erwähnten mannigfachen Zahl von Sammelbegriffen, von denen ihm als geeignetster „Einfügung in die Interessensphäre“ erscheint. „Einfügung in die Interessensphäre“, der beschreibende Begriff in Verbindung mit dem Kontinuitätsinteresse, dem sich aus dem Grund des Besitzschutzes ergebenden Ergänzungsbegriff, machen den Besitz aus[54]). Der Richter hat sich demnach zu fragen: 1. ob nach allgemeiner Erfahrung eine Kontinuitätserwartung, eine Erwartung fortdauernder Nutzung begründet ist, und 2. ob diese Erwartung nach der Anschauung des Lebens Schutz verdient[55]).

Die Hecksche Theorie weist zwei große Schwächen auf. Einmal die gänzlich einseitige Interessenforschung und ferner die fast völlige Entfernung vom Raumverhältnis. Es ist m. E. nicht richtig, den Zweckgedanken einer Gesetzesnorm durch e i n Interesse bestimmen zu wollen, wofür ein gutes Beispiel der Besitz bildet. Die durch den unbestimmten Begriff der tatsächlichen Gewalt gewollte und auch eingetretene Ausdehnung des

---

52) § 5, 6 c.
53) § 5, 5.
54) § 5, 6.
55) § 6, 1 Abs. 3.

Besitzinstituts hat zur Folge, daß praktisch weniger das Schutzbedürfnis des Besitzers **an** der Erhaltung der Sache als vielmehr **gegen** eine Aufdrängung der Sache im Vordergrund steht. Die Klagen aus §§ 861/62 kommen in der Praxis sehr selten vor, zumindest stehen sie in keinem Verhältnis zu denen aus §§ 985 ff. Und dort spielt der Besitzer die Rolle des Beklagten. Die Interessenabwägung in derartigen Fällen wird aber in einer ganz anderen Weise vorzunehmen sein.

Das „Kontinuitätsinteresse" dürfte sich kaum von dem richtig verstandenen Wolffschen Festigkeitsinteresse unterscheiden (vgl. oben S. 9), zumal, da sich Heck gegen eine etwaige Auslegung als „Dauer"begriff ausdrücklich verwahrt[56]. Soweit er ihm aber den Inhalt der „Erwartung fortdauernder Nutzung" beilegt (vgl. oben S. 16), ist dieser Begriff, wie bereits schon mehrmals eingehendst bewiesen wurde, als viel zu eng abzulehnen.

Bedeutsamer ist aber noch die zweite Schwäche: die Entfernung vom Raumverhältnis. Wenn Heck für die Herstellung des Besitztatbestandes eine Einfügung in die Nutzungs- oder Interessensphäre verlangt, die für den Interessenten nach den Anschauungen des Lebens eine Bereitschaftslage der Sache begründet[57], so besagt diese doppelt unbestimmte Formulierung für die Raumlage als dem Ausgangspunkt des Besitztatbestands überhaupt nichts mehr. Ueber die „Bereitschaftslage" wurde bereits oben anläßlich der Kritik Leonhards gesprochen. Sie wird nicht dadurch verdeutlicht, daß man sie mit einem noch unbestimmteren Begriff erläutern will, der letzten Endes doch dasselbe bedeuten soll[58]. Meine Interessensphäre umfaßt auch den Handlungsagenten, der für mich Geschäfte tätigt und Geld in Empfang nimmt. Das Kontinuitätsinteresse ist bei mir viel stärker als beim Handlungsagenten. Soll ich deshalb wirklich Besitzer des Geldes sein?

Die Vorzüge seiner Ausführungen liegen vor allem in der Auflockerung des Elementarbegriffs, in dessen Verfolg zu wenig das tatsächliche Leben und zu viel das „Gemeinbewußtsein" befragt wurde, wenngleich auch durch die Betonung der Schutzwürdigkeit ein gewisser Ausgleich erfolgte[59]. Mit der Betonung dieser Schutzwürdigkeit schließt sich Heck der wertvollsten Erkenntnis der herrschenden Lehre an.

---

[56]) § 6, 5.
[57]) § 10, 4.
[58]) Vgl. § 5, 6.
[59]) Vgl. oben S. 12.

Ueberblickt man nun noch einmal die Ergebnisse, die bei der Behandlung des Besitzrechts des BGB. gezeitigt wurden, so läßt sich zusammenfassend sagen, daß sehr viele Merkmale und Interessen, die in der Besitzlage zum Ausdruck kommen, erkannt und festgestellt wurden, die jedoch alle der Besitzlage nicht eigentümlich sind. Feststellbar ist mit diesen Hilfsmitteln nur, daß es sich um ein Besitzverhältnis handeln kann, nicht, daß es sich darum handeln muß. Es soll nun im folgenden versucht werden, auch den Faktor zu finden, der für das „Muß" erforderlich ist. Daß er sich nur in der Raumlage, dem äußerlich Sichtbaren und Erkennbaren feststellen läßt, dürfte kaum ein Problem sein. Da gleichzeitig in der Vernachlässigung der Raumlage der Hauptfehler aller bisherigen Untersuchungen aufgezeigt wurde, so ist anzunehmen, daß sich einer Untersuchung, die diese Lücke auszugleichen vermag, die meiste Aussicht auf Erfolg, auf eine Lösung des Problems bietet.

II. Teil.

Versuch einer Lösung des Problems aus der Erkenntnis und Bedeutung der Raumlage für die verkehrsmäßig anerkannte tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache.

1. Besitz und Besitzlage.

Zunächst soll noch einmal das Problem herausgestellt werden, dessen Lösung sich die vorliegende Arbeit zur Aufgabe gesetzt hat. Es soll erkannt werden die Beziehung und Bedeutung der Raumlage für den Besitztatbestand, genauer: für die zum Besitzerwerb notwendige tatsächliche Gewalt. Letztere ist streng zu unterscheiden von der Besitzlage als solcher, für die die objektive Seite bei weitem nicht so große Bedeutung hat. Daß dies besonders in der neueren Literatur sehr häufig versäumt wurde[1]), beruht auf einer teils bewußten, teils unbewußten Anwendung des mathematischen Satzes: „Sind zwei Größen einer dritten gleich, so sind sie auch untereinander gleich" — Besitzlage = tatsächliche Gewalt; Besitzerwerb = Herstellung dieser tatsächlichen Gewalt. Der Satz ist richtig, nur seine Anwendung ist falsch. Denn wir haben es hier nicht mit einer feststehenden dritten Größe zu tun, vielmehr ist die beim Besitzerwerb zum Ausdruck kommende Gewalt sehr verschieden von der, welche die Besitzlage ausmacht. Diese kann man in ihrer fast unendlichen Vielgestaltigkeit als wirklich elementar und einer näheren Erklärung unzugänglich bezeichnen. Aber eine solche Erklärung ist auch nicht erforderlich; denn wenn die genauen Merkmale des Besitzerwerbs bekannt sind, dann besteht der Besitz eben so lange, bis die — ebenfalls wieder genauer zu untersuchenden — Merkmale seines Verlustes eingetreten sind. Es wird damit nicht gesagt, daß die Entstehung des

[1]) Vgl. dazu die Ausführungen zu Savigny S. 3 Anm. 5 und Text.

Besitzes eine Vermutung für seinen Fortbestand erzeugt, und also auch nicht, da eine solche Vermutung nur Rechten zukommt, eine Stellungnahme zu dem Problem, ob der Besitz Tatsache oder Recht ist, vorweggenommen; sondern lediglich der selbstverständliche Satz, daß eine erworbene tatsächliche Gewalt nicht anders verloren werden kann als eben — durch ihren Verlust[2]). Solange dieser nicht eingetreten ist, solange muß die tatsächliche Möglichkeit bestehen, diejenige Lage wieder herzustellen, die bei seinem Erwerb vorhanden war und als tatsächliche Gewalt erkannt wurde. Besteht sie nicht, dann wirken ihr also Faktoren entgegen, die stärker sind als die zu ihrer Wiederherstellung angesetzte Kraft[3]). Und diejenigen, die für sich die Verwirklichung des Besitzerwerbstatbestandes in Anspruch nehmen, sind dann in Wahrheit Inhaber der tatsächlichen Gewalt, also Besitzer. Und allein diese Möglichkeit ist für die praktische juristische Erfassung des Besitzes genügend und ausreichend, nicht die Erkenntnis der gegenwärtigen vielleicht gar nicht erkennbaren Besitzlage. Denn aus dieser gedachten — prima facie — oder auch tatsächlich vollzogenen Möglichkeit ergibt sich die Durchführung des anzutretenden Beweises, die die Lösung des Problems in sich trägt. Es liegt hierin eine gewisse Aehnlichkeit mit der Darstellung Savignys, wonach die Fortdauer des Besitzes in der Möglichkeit besteht, das Verhältnis des Besitzerwerbs nach Willkür zu reproduzieren[4]). Aber in der Art eben dieses Verhältnisses, das reproduziert werden soll, liegt der große Unterschied von Savigny, wie aus dem folgenden ersichtlich werden wird.

2. Der Leitsatz und die Bestimmung der Schutzwürdigkeit.

Leitsatz der Untersuchung ist in Uebereinstimmung mit der herrschenden Besitzlehre: nur einem schutzwürdigen tatsächlichen Verhältnis kann der Schutz des Gesetzes zugesprochen werden. Diese Schutzwürdigkeit ist aber zunächst nach zwei Richtungen näher zu erklären und festzulegen. Sie deckt sich nicht mit dem Sinn, in dem sie gewöhnlich ausgesprochen wird. Man frage irgend einen Nichtjuristen, ob der Besitzstand des Diebes schutzwürdig sei. Eine bejahende Antwort wäre wohl

---

[2]) Vgl. auch Rosenberg § 854, II.

[3]) Das darf nun nicht i. S. der Savignyschen Formulierung verstanden werden, daß zum Besitz die Möglichkeit gehört, andere von der Sache auszuschließen.

[4]) Vgl. Savigny S. 239.

nicht so leicht zu erhalten, und trotzdem ist er Besitzer der gestohlenen Sache. Vielmehr ist ihr Inhalt in der Weise zu bestimmen, wie es bereits schon einmal (oben S. 12) geschehen ist, daß nämlich das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache vom Gemeinbewußtsein als Faktum anerkannt und vom Verkehr als solches, wenn auch nur vorläufig, respektiert wird. Fernerhin ist davon auszugehen, daß der Inhalt der Schutzwürdigkeit sich nicht aus einem Interesse heraus ergibt, wie es bis jetzt von fast jeder Untersuchung über den Besitz angenommen wurde (vgl. oben S. 16/17), sondern aus allen, die mit ihm irgendwie zusammenhängen, also auch aus denen, die sich gegen ihn richten.

3. Der Besitzerwerb an unbeweglichen Sachen.

Verhältnismäßig einfach ist die Erfassung der zum Besitzerwerb an unbeweglichen Sachen notwendigen Raumlage. Da sie als unverrückbare Teile der Erdoberfläche niemals durch eine Veränderung ihrer Lage eine Beziehung zur Person begründen können, kann die tatsächliche Gewalt eben nur durch eine Handlung der Person des Erwerbers hergestellt werden. In vielen Fällen wird der Besitz im Wege des § 854 Abs. 2 entstehen und die hierzu erforderliche Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber in der Auflassung enthalten sein[5]). In allen übrigen wird er sich leicht mit dem Leonhardschen Sammelbegriff der Bereitschaftslage feststellen lassen, der hier m. E. sogar auf die „Nutzungsmöglichkeit" beschränkbar ist. Die Besitzlage beurteilt sich nach den im vorangehenden Absatz aufgestellten Grundsätzen (S. 19/20).

4. Der Besitzerwerb an beweglichen Sachen.

a) Die geschichtliche Vorarbeit. Der „custodia"-Begriff im römischen Recht.

Das Hauptproblem liegt in der Gestaltung der Raumlage für den Besitzerwerb an beweglichen Sachen. Hier erscheint es zunächst überhaupt unmöglich, allgemeine Grundsätze aufzustellen. Und doch ist gerade auf diesem Gebiet bereits von den römischen Juristen eine bemerkenswerte Vorarbeit geleistet worden, die allerdings von der Literatur in ihrer Bedeutsam-

---

[5]) Vgl. Staudinger § 854, II, 3.

keit verkannt und für die rechtswissenschaftliche Entwicklung des Besitzproblems nicht ausgewertet wurde. Die allmählich immer mehr überspannte Elementarauffassung des Begriffs der tatsächlichen Gewalt hat hier, statt das sinnlich Wahrnehmbare weiter zu entwickeln und auszubauen, zu einer immer fruchtloser werdenden Vergeistigung und Idealisierung geführt, die den guten Kern des Gedankens fast vollständig verwischt. Es handelt sich um den Begriff der „custodia" im Corpus Iuris. Seine — stark umstrittene — Bedeutung läßt sich schon aus der Aeußerung Goldschmidts[6]), daß sowohl Savignys wie Iherings Besitzbegriff unbewußt im wesentlichen aus dem „custodia"-Begriff abstrahiert seien, ersehen.

Der eigentliche Kern dieses Begriffs ist nur von Savigny erkannt worden. Im Anschluß an L 18 § 2 de poss. „si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo iusserim: possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit" und L 9 § 3 de iure dot.: „... quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius, an ei tradantur?" entwickelt er den Begriff der custodia dahingehend[7]), daß er aus dem Gedanken und der Erkenntnis entstanden sei, „man habe über sein Haus sicherere Herrschaft als über alles andere Vermögen". Da es hierfür ferner nur auf den bloßen Gebrauch des Hauses ankommt, um eben diese custodia ausüben zu können, so ergäben sich für den Besitzerwerb auf diesem Wege zwei Grundsätze[8]): 1. Der Erwerb ist weder durch das Eigentum noch durch den juristischen Besitz des Gebäudes bedingt, und 2. der Erwerb ist auf der anderen Seite unmöglich, wenn jeder eigene Gebrauch des Gebäudes fehlt, obgleich Eigentum und Besitz desselben da sein können.

Die Weiterführung dieses Gedankens müßte zum Begriff des ausschließlichen Gewaltkreises als custodia führen, einem räumlich abgegrenzten und gegenüber der Umweltlage abgeschlossenen Teil der Erdoberfläche. Statt dessen ist insbesondere von Lenz[9]) und Baron[10]) gegenüber Savigny ein stark idealisierter custodia-Begriff entwickelt worden, der nach ihnen die normale Grundlage des Besitzerwerbs bilden soll. Diese Ansicht ist nur zu verstehen aus einer vielleicht unbewußten An-

---

[6]) Besitzlehre S. 128.
[7]) S. 227.
[8]) Savigny a.a.O.
[9]) S. 184 ff. und S. 212 ff.
[10]) S. 87.

näherung an den Begriff der tatsächlichen Gewalt, die praktisch auf eine Identifizierung hinausläuft. Custodia und tatsächliche Gewalt decken sich aber nicht, sondern letztere ist der Oberbegriff, unter dem sich die custodia als der innere sicherere Kreis einordnet. Goldschmidt, der diese Lehre bekämpft[11]), macht im Prinzip den gleichen Fehler, wenn er den Satz aufstellt, daß custodia an allen Sachen besteht, die sich an ihrem normalen Standort im räumlichen Herrschaftsbereich jemandes befinden[12]). Darauf kommt es jedoch für den wahren Kern der custodia gar nicht an, sondern nur auf einen tatsächlich vorhandenen körperlichen Abschluß gegenüber der Umweltlage. Savigny[13]) drückt diesen Gedanken sehr richtig mit den Worten aus, daß man durch die custodia sicherere Herrschaft über die Sache haben muß. Diese Sicherheit ist aber nicht durch die Normallage der Sache bedingt, sondern durch die Intensität meiner Machtsphäre. Die Goldschmidtsche Erklärung der custodia hat große Aehnlichkeit mit der Gesamtbesitzdefinition Iherings, wonach der Besitz dasjenige tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache ist, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist.

Von all diesen Einflüssen, die sich nicht aus der Raumlage ergeben, sondern durch rein gedankliche Schöpfungen erst hineingetragen worden sind, ist der custodia-Begriff zu befreien, wenn er das vorangestellte Problem lösen helfen soll. Auch in neuerer Zeit finden sich immer wieder Versuche[14]), die die custodia zur Lösung eines Teils der Besitzstreitfragen heranziehen. Sie scheitern, soweit sie über das rein beispielsmäßige Anführen einzelner Fälle hinausgehen und Grundsätzliches aufzustellen versuchen, an dem alten Fehler: einer sich aus der Befangenheit in römischen Rechtsvorstellungen ergebenden Ueberbewertung des Willensmoments. Am besten wird die Bedeutung der custodia für den Begriff der tatsächlichen Gewalt noch von Rosenberg erfaßt, der — wie Savigny — von dem Gedanken ausgeht, daß die Annahme des Vorliegens einer tatsächlichen Gewalt um so sicherer sei, je weniger andere unter normalen Umständen Zutritt zu diesen Sachen haben oder erlangen können[15]).

---

11) Besitzlehre S. 124.

12) S. 126.

13) Savigny a.a.O. S. 227.

14) Vgl. Bekker S. 311; Dernburg § 16, 2; Endemann § 35; Planck § 854, 2 Abs. 5.

15) § 854, I, 1 b.

b) Die Zweiteilung der Raumlage. Der verkehrsabgeschlossene Gewaltbezirk.

Eine nähere Betrachtung der objektiven Raumlage zeigt, daß eine bewegliche Sache in zwei grundsätzlich voneinander verschiedene Beziehungen zu einer Person treten kann. Die räumliche Lage der Sache kann einmal von einem bereits bestehenden festabgegrenzten und vom Verkehr anerkannten Gewaltkreis der Person erfaßt werden, das andere Mal bei ganz entsprechender Raumlage nicht. Es gilt nun, die Bedeutung dieses Unterschiedes für den Besitzerwerb zu untersuchen. Dazu ist erforderlich: 1. diese festabgegrenzten Gewaltkreise begrifflich zu erfassen und 2. ihre Auswirkungen auf den Besitzerwerb darzustellen.

Festabgegrenzte Gewaltkreise liegen überall da vor, wo, entsprechend dem Kern des custodia-Begriffs, Dritten eine ungehinderte Einwirkungsmöglichkeit versagt ist. Das trifft vor allem bei festabgegrenzten Teilen der Erdoberfläche zu, also z. B. bei Häusern, einem eingezäunten Garten, einem Hof, sofern er nicht gerade zu einem Haus gehört, das von 40 Mietparteien bewohnt wird; aber auch bei einer Wohnung und bei einem vermieteten oder sonst von einer Person oder einem bestimmten Personenkreis bewohnten Zimmer. Dagegen nicht z. B. bei einem Acker oder einer Wiese. Diese erkennt man im Verkehr wohl als mein Eigentum an, nicht aber als einen mir ausschließlich gehörenden Gewaltkreis, in dem willkürliche Einwirkungen Dritter verhindert sind. Wie immer bei Besitzfragen, kommt es in erster Linie nicht auf das Rechtliche, sondern lediglich auf das Tatsächliche an. Der Hut, der auf einen Acker fliegt, kann jederzeit wiedergeholt werden. Wenn er dagegen über die Mauer auf den Hof oder gar durch ein offenstehendes Fenster in das Haus fliegt, dann besteht eine solche ungehinderte Einwirkungsmöglichkeit nicht, weil eben diese Mauern zu einer Anerkennung der von ihr umschlossenen Herrschaftssphäre zwingen und diese Anerkennung auch faktisch erfolgt.

Hieraus ergibt sich, daß man von einem Gewaltkreis nur dann sprechen kann, wenn die Möglichkeit besteht, daß durch ihn eine Mehrzahl beweglicher Sachen erfaßt werden.

Diese Erfordernisse können auch in Ansehung beweglicher Sachen vorliegen. So verbietet meine Herrschaftssphäre einen ungehinderten Eingriff in die Kleidung, die ich trage oder in den Koffer, den ich bei mir habe. Wesentliches Erfordernis ist aber immer, daß die Sache, die den Gewaltkreis darstellt, das Merkmal der Verkehrsabgeschlossenheit in sich trägt, und daß

meine Beziehung zu dieser Sache ein bereits anerkanntes Herrschaftsverhältnis ist. Diese Erfordernisse lassen sich am besten in dem Begriff des „verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks“ zusammenfassen. Die Eigentümlichkeit dieses verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks besteht demnach darin, daß meine Beziehung zu ihm als solche anerkannt und geschützt wird. Sie löst sich nicht, wie in der verkehrsoffenen Raumlage, in viele Einzelbeziehungen auf, sondern alle diese Einzelbeziehungen werden gewissermaßen durch die Mauern des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks den Blicken der Umwelt entzogen und an ihre Stelle die Absperrung als Anerkennungsgrenze aufgestellt.

Setzt man diese dem verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk eigentümliche Funktion in eine Beziehung zu dem Begriff der Einwirkungsmöglichkeit, so läßt sich der Satz aufstellen: Der verkehrsabgeschlossene Gewaltbezirk gewährt eine durch generelle Anerkennung als ihre Voraussetzung gesicherte Einwirkungsmöglichkeit.

c) Der Besitzerwerb im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk.

Die negative Willensfunktion.

Es wurde dargetan, daß der Besitzerwerb mit der Herstellung einer schutzwürdigen tatsächlichen Beziehung einer Person zu einer Sache vollzogen ist, und daß diese Schutzwürdigkeit dann vorliegt, wenn der Verkehr eben diese Beziehung respektiert. Es wird leicht ersichtlich sein, daß die Verwirklichung dieses Tatbestandes sich im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk, der eine bereits vorhandene Anerkennung in sich trägt, leichter erzielen lassen wird als in der verkehrsoffenen Raumlage. Gelangt eine Sache in einen solchen Gewaltbezirk, dann bedarf die dadurch entstandene neue Beziehung seines Inhabers zu ihr nicht erst noch einer besonderen Anerkennung durch den Verkehr und das Gemeinbewußtsein, sondern die bereits vorhandene Anerkennung des sie umschließenden und von der Umwelt abtrennenden Gewaltkreises erstreckt sich ohne weiteres auch auf diese neue Beziehung und schafft ein schutzwürdiges Verhältnis. Es läßt sich deshalb der Grundsatz aufstellen: Zum Besitzerwerb in einem verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk genügt die rein räumliche und von irgend einer Seite erfolgte Einfügung in denselben. Und ebenso wie die Anerkennung meiner Herrschaftssphäre nicht davon ab-

hängig ist, ob ich im gegenwärtigen Augenblick den Willen habe, diese Macht auszuüben, ebenso ist auch nicht erforderlich, daß sich mein Wille auf die Herstellung des Gewaltverhältnisses bezüglich dieser Sache erstrecken muß. Das neu entstehende Gewaltverhältnis ist nicht bedingt durch meinen Willen, sondern durch ein bereits vorhandenes. Das Buch, das in meiner Wohnung abgegeben wird, den Brief, den der Postbote in den Briefkasten wirft, besitze ich also nicht, weil ich den Willen habe, sie zu besitzen, sondern weil es sich um eine Einfügung in meinen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk handelt.

Man kommt also zu demselben Ergebnis wie die Willenstheorie, nur auf einem ungezwungeneren Wege, der eine ständige einwandfreie Kontrolle mit dem Grundgedanken ermöglicht, während diese, um das Willensprinzip zu wahren, zu Hilfskonstruktionen mit generellem und eventualem[16]) Willen greifen muß. Und schon dieses Ergebnis rechtfertigt für sich die Angriffe, die gegen die Loslösung des Streites vom Raumverhältnis geführt wurden. Es zeigt die ganz grundsätzliche Bedeutung der Raumlage für die Erkenntnis des Besitzerwerbs, die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit und ihre schutzwürdige Anerkennung.

Jedoch ist damit das Problem des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks noch nicht vollständig gelöst. Es läßt sich einwenden, daß auf diesem Wege dann dem Inhaber eines solchen Herrschaftskreises auch der Besitz an Sachen aufgedrängt werden kann, die er gar nicht haben will, und die ihn in schadenbringender Weise belasten würden, da ja auch bei Einfügung solcher Sachen in einen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk diese Beziehung auf Grund der übergeordneten Herrschaftssphäre vom Verkehr respektiert wird. Dieser Einwand würde zutreffend sein, wenn der gleiche Fehler wie von der herrschenden Besitzlehre gemacht worden und die Schutzwürdigkeit des Besitzverhältnisses nur nach einem Interesse bestimmt worden wäre; er läßt sich aber mit der Entwicklung des gegenteiligen vorangestellten zweiten Grundsatzes, die Schutzwürdigkeit des Besitzverhältnisses aus allen, also auch aus den gegen sie gerichteten Interessen heraus zu bestimmen, widerlegen. Schutzbedürftigkeit besteht deshalb in allen den Fällen nicht, in denen von vornherein ein gegenteiliger in irgend einer Form geäußerter Wille vorhanden ist, den Gegenstand nicht erwerben zu wollen. Das vereinbart sich auch mit dem Grundsatz, daß

---

[16]) Vgl. Planck § 854, 2 Abs. 5.

niemandem gegen seinen Willen eine mit Rechten und Pflichten ausgestattete Rechtsposition allein durch die Tätigkeit eines Dritten aufgedrängt werden kann[17]). Wie sich dieser Wille äußert, ist belanglos. Er kann sich ganz generell aus einer allgemeinen, den Besitzerwerb ablehnenden Verkehrsauffassung ergeben, als auch speziell von dem Inhaber des betreffenden Gewaltbezirks ausgehen. In beiden Fällen hat aber der Inhaber die Beweislast, zumindest — in der Rolle des aus § 985 Beklagten — die Beweisführungslast.

Diese Wirkung des Willens kann als negative Funktion innerhalb des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks bezeichnet werden.

Als Beispiel läßt sich hier insbesondere die heiß umstrittene Zusendung unbestellter Waren anführen. Bei der heute allgemein üblichen Ueberschwemmung mit derartigen Waren hat sich ein stark ablehnender Wille ganz generell herausgebildet, mit diesen Sachen etwas zu tun zu haben. Demgemäß beurteilt sich das Verhältnis zwischen dem Eigentümer der Waren und dem, dem sie gesandt sind, nicht nach den Regeln der §§ 985 ff., weil die dargestellte negative Funktion des Willens im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk den Besitzerwerb hindert.

d) Der Besitzerwerb im bezirksfreien Raum.

Die positive Willensfunktion.

Ganz verschieden von dem Besitzerwerb in einem verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk ist derjenige in der verkehrsoffenen Raumlage. Doch lassen sich auch hier gewisse feste Grundsätze aufstellen, wenn man nur immer das Ziel vor Augen behält, daß eine solche tatsächliche Beziehung zwischen Person und Sache entstehen muß, die vom Verkehr als schutzwürdig anerkannt wird. Das Hauptmerkmal des Vorhandenseins einer verkehrsoffenen Raumlage liegt negativ in dem Fehlen einer bestimmten Gewaltsphäre. Jeder Dritte kann ohne oder mit nur geringen tatsächlichen Schwierigkeiten auf eine im bezirksfreien Raum befindliche Sache einwirken. Hier versagt die Raumlage als Erkennungsmerkmal der tatsächlichen

---

[17]) Endemann II, 1 S. 177; RGRK § 854, 3; Kreß S. 147; Rosenberg § 854 I, 2 u. § 867 IV, 1 c versucht die objektive Theorie mit diesem Grundsatz dadurch in Uebereinstimmung zu bringen, daß er bei widerwillentlichem Erwerb die §§ 867, 1005 ausschließlich gelten und die scharfe Haftung nach §§ 985 ff., 1007, 1065, 1227 nur bei willentlichem Erwerb eintreten läßt. Staudinger § 854 I, 2 b.

Gewalt. Dadurch, daß ich einen Schritt entfernt an einer auf dem Boden liegenden Brieftasche vorbeigehe, habe ich noch keinen Besitz erworben. Vielmehr muß hier noch eine sinnlich wahrnehmbare Handlung hinzukommen, die diese rein räumliche Beziehung zur Sache verdeutlicht, und zwar dergestalt, daß sie von der Umwelt erkannt und anerkannt wird.

Hiernach ist zunächst also zum Besitzerwerb im bezirksfreien Raum erforderlich — entsprechend der durch die Anerkennung der custodia als solcher gesicherten —, daß tatsächlich die Möglichkeit vorhanden ist, auf die Sache einzuwirken. Denn wenn nicht einmal diese Möglichkeit besteht, kann von einer tatsächlichen Gewalt überhaupt nicht gesprochen werden. An der auf der Straße liegenden Brieftasche erwerbe ich nicht schon Besitz, wenn ich aus dem weit entfernten Hause trete, selbst wenn ich dabei den Wunsch und Willen äußere, für den Fall, daß ich eine Brieftasche finden sollte, sie auf- und mitzunehmen. Während nun aber die Einwirkungsmöglichkeit im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk weniger physisch als psychisch durch die (generelle) Anerkennung eines Gewaltbezirkes als solchen gesichert war, ist hier im bezirksfreien Raum die physische Einwirkungsmöglichkeit Voraussetzung der Anerkennung. Aber auch sie genügt für sich allein nach dem Gesagten nicht; denn daraus, daß man an der auf dem Boden liegenden Brieftasche vorbeigeht, also die physische Möglichkeit besteht, sie aufzuheben und an sich zu nehmen, darf — wie schon hervorgehoben — der Besitzerwerb nicht angenommen werden. Vielmehr muß hinzukommen, daß man dem Ausdruck gibt, für sich diese Möglichkeit in Anspruch zu nehmen, sie tatsächlich ausüben zu wollen. Es ist also eine Handlung erforderlich, die die räumliche Beziehung zur Sache zum Besitz verdeutlicht. Wie das geschieht, ist im Einzelfall verschieden. Auf jeden Fall aber muß dadurch ein solches Verhältnis geschaffen werden, das, wenn auch nur einen Augenblick, von den Mitmenschen respektiert wird. Da diese Handlung als gewollte oder doch voraussehbare Bewirkung eines äußeren Erfolges[18]), die das Hauptbindeglied des Besitzerwerbs im bezirksfreien Raum darstellt, letzten Endes auf den Willen zurückgeht, so läßt sich diese Wirkung des Willens im Gegensatz zu seiner rein negativen Funktion im verkehrsabgeschlossenen mit der positiven Funktion des Willens im bezirksfreien Raum ausdrücken. Damit dürfte die gestellte Aufgabe, die Bedeutung der Raumlage für

[18]) Enneccerus-Nipperdey § 128, I.

den Besitzerwerbstatbestand zu erkennen und festzustellen, gelöst sein, und man sieht gleichzeitig, daß die Erkenntnis der Raumlage auch die Lösung des Besitzwillensproblems in sich trägt.

Ein sehr gutes Beispiel, wie sich der Besitzerwerb im bezirksfreien Raum vollzieht, läßt sich in Weiterführung des Brieftaschenfalls bilden. Angenommen, drei Menschen haben die auf der Straße liegende Brieftasche zur gleichen Zeit gesehen; sie stürzen gleichzeitig darauf zu und balgen sich darum, ohne daß es einem von ihnen gelingt, die Tasche aufzuheben und an sich zu nehmen. Wer ist in diesem Augenblick Besitzer? Keiner von ihnen, weil für keinen die Möglichkeit besteht, auf die Sache einzuwirken, er vielmehr von den beiden anderen daran gehindert wird. Wenn ich jetzt als vierter hinzukomme, die Sachlage übersehe und rufe — obwohl ich ebenfalls nicht Eigentümer der Tasche bin —: „Die Tasche gehört mir!“ und die andern drei lassen von ihrer Schlägerei ab, weil sie mich als Besitzer anerkennen, dann habe ich mit diesem Augenblick den Besitz an der Brieftasche erworben. Fallen sie gleich anschließend erneut über die Tasche, oder weil ich sie inzwischen aufgenommen habe, über mich her, dann kann ich gegen diese Angriffe mit der dem Besitzer gegenüber der verbotenen Eigenmacht zustehenden Gewalt vorgehen. Anders ist es dagegen, wenn sie nur einen Augenblick mit der Schlägerei innegehalten haben, weil sie über meinen Zuruf erstaunt sind und gleich anschließend mit mir und gegen mich den Kampf fortsetzen. Dann befinde ich mich in der gleichen Position wie die anderen, und in diesem Fall ist für den Besitzerwerb die größere Kraft entscheidend, die sich zu einer anerkannten Einwirkungsmöglichkeit durchzuringen vermag.

Fassen wir das bisher erzielte Ergebnis noch einmal kurz zusammen. Ausgangspunkt war der Grundsatz, daß zum Besitzerwerb erforderlich ist die Herstellung einer anerkannten tatsächlichen Beziehung zur Sache, und es fragte sich, wie diese Anerkennung rein räumlich zum Ausdruck kommt. Als Antwort ergab sich eine Zweiteilung der Raumlage, bei der die eine Gruppe eine abstrakte generelle, die andere eine konkrete und individuelle Anerkennung aufwies. Aus dieser Erkenntnis in Verbindung mit dem sich aus allseitigen Interessen zusammensetzenden Schutzbedürfnis ergaben sich die verschiedenartigen Willensfunktionen, die negative im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk und die positive im bezirksfreien Raum. Im folgenden sollen nun diese neu gewonnenen Erkenntnisse prak-

tisch ausgewertet und der Zusammenhang mit den übrigen Problemen der Besitzlehre dargelegt werden. Soweit noch grundsätzliche Zweifelsfragen aus der praktischen Anwendung ersichtlich werden, sollen sie an Ort und Stelle ihre Erledigung finden.

5. Die praktische Anwendung der neugewonnenen Grundsätze.

a) Zweifelsfragen beim Besitzerwerb im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk.

Die sehr streitige Frage, ob man Besitz auch ohne Wissen und Wollen erwerben könne, beantwortet sich, ohne daß hierzu die Unterstützung einer anderen Ansicht herangezogen werden kann, die ja von ganz anderen Voraussetzungen ausgeht, nach unseren Ergebnissen in folgender Weise: Im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk ist ein Wissen und Wollen des Besitzerwerbs nicht erforderlich, weil er sich dort aus der rein räumlich erfolgten Einfügung der Sache in die anerkannte Herrschaftssphäre ergibt. Das scheinbar vom gegenteiligen Standpunkt ausgehende Reichsgericht kommt praktisch doch zum gleichen Ergebnis, da der nach allen von diesem Grundsatz gemachten Ausnahmen übrigbleibende Rest sich mit der negativen Willensfunktion deckt. Mehr gefühlsmäßig richtig ist dieser Gedanke in den letzten Worten des vom RGRK. aufgestellten Satzes[10]): „Die unbewußte Innehabung einer Sache bedeutet noch keinen Besitz und ein tatsächliches Gewaltverhältnis ist ohne den entsprechenden Beherrschungswillen nicht denkbar, jedenfalls kann niemand gegen seinen Willen Besitzer werden" erfaßt, während der erste Teil noch das für die gesamte herrschende Meinung typische Ringen nach einer einheitlichen Erklärung aus der Natur der Sache zeigt. Auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 106 S. 135/36, die scheinbar auf dem Standpunkt steht, daß der Besitzerwerb Wissen und Wollen erfordere, zeigt bei einer näheren Betrachtung, daß sich dieses „Nichtwissen", das angeblich den Besitzerwerb hindert, in Wirklichkeit auf eine negative Willensfunktion zurückführen läßt. Denn wenn der Hausherr als Inhaber des Gewaltbezirks seinem erwachsenen und verlobten Sohne in seinem Haus ein Zimmer einräumt, so liegt darin die Ausscheidung dieses Zimmers aus dem dem Wohnungsinhaber unterstehenden Gewaltbezirk, womit normalerweise

---

[10]) § 854, 3 a. E.

zum Ausdruck gebracht wird, daß den Vater die seinem Sohne gehörenden Sachen nichts angehen sollen (negative Willensfunktion). Ob sich in einem solchen Falle ein spezieller dem Sohn zuzurechnender Gewaltbezirk bildet, also eine von seiten der Mitbewohner der Räume erfolgte Anerkennung einer fremden Herrschaftssphäre vorhanden ist, kann nur aus den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden. Es ist aber zu erwägen, daß nicht jeder generelle negative Wille notwendigerweise die Entstehung eines neuen Gewaltbezirks mit sich bringt.

Im bezirksfreien Raum dagegen ist ein Besitzerwerb ohne Wissen und Wollen grundsätzlich nicht denkbar. Möglich ist nur ein praktisch wohl kaum vorkommender Fall, in dem die durch den Verkehr erfolgte Anerkennung des tatsächlichen Verhältnisses einer Person zu einer Sache auf Grund einer fahrlässigen oder auf Vergeßlichkeit beruhenden Unterlassung geschehen ist, da auch ein derartiger Sachverhalt den Tatbestand des Handlungsbegriffs, welcher zum Besitzerwerb im bezirksfreien Raum erforderlich ist, erfüllt[20]). Nicht hierzu gehören aber die Fälle, in denen Sachen z. B. einem Schlafenden zugesteckt oder in meinen Mantel, den ich im Lokal an einen Ständer gehängt oder im Hausflur meines Freundes abgelegt habe[20a]), gesteckt werden. Derartige Vorgänge beurteilen sich nach den Grundsätzen des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks. Also erwirbt der, dem sie zugesteckt werden, grundsätzlich Besitz.

Die Betrachtung der oben angeführten Entscheidung des Reichsgerichts führt zu einem weiteren beachtenswerten Problem: dem des speziellen Gewaltbezirks innerhalb eines größeren. Hier sind zwei Fälle denkbar: einmal schließen sich die beiden oder mehreren Gewaltkreise gegenseitig aus — z. B. bei einer in einzeln vermietete Zimmer aufgeteilten Wohnung — dann liegen in Wirklichkeit ebenso viele verschiedene Gewaltkreise vor, wie Mieter da sind, und jeder beurteilt sich nach eigenen Grundsätzen. Diese Lage hat mit dem eigentlichen Fall der Spezialität nichts zu tun. Es ist vielmehr hierbei an den Fall gedacht, daß zwei Freunde ein gemeinschaftliches Zimmer und außerdem noch jeder für sich ein besonderes Zimmer benutzen. Dann bilden diese drei Zimmer gegenüber der Umweltlage einen einheitlichen großen, verkehrsabgeschlossenen Ge-

---

20) Enneccerus-Nipperdey a.a.O.

20a) Anders aber wiederum, wenn ich ihn in der Garderobe des Lokals abgebe, weil dann der Besitz an dem ganzen Mantel auf Grund des Verwahrungsvertrages auf den Verwahrer übergeht.

waltbezirk, während die beiden Einzelzimmer, jedes für sich, einen speziellen Gewaltbezirk darstellen. Das gemeinschaftlich benutzte Zimmer endlich ist gegenüber der Umweltlage verkehrsabgeschlossener Gewaltbezirk, dagegen in Ansehung der beiden Benutzer verkehrsoffen. Gelangen also Sachen ohne Wissen und Wollen derselben, jedoch auch ohne daß ein Fall der negativen, den Besitzerwerb ausschließenden Willensfunktion — wie bei unbestellten Waren — vorliegt, in das gemeinschaftlich benutzte Zimmer, so werden beide Mitbesitzer, und die endgültige Auseinandersetzung zwischen ihnen vollzieht sich nach den Regeln des bezirksfreien Raumes. Es ist also von einem von ihnen eine Handlung erforderlich, die eine solche Beziehung zu der Sache herstellt, die von dem anderen anerkannt und respektiert wird.

Zweifelhaft in ihrer Beurteilung sind ferner die Fälle, in denen versehentlich Sachen in einen fremden Gewaltbezirk gelangen, z. B. es werden bestellte Bücher versehentlich in einer fremden Wohnung abgegeben oder bestellte Kohlen in einem falschen Keller abgeladen. Da es sich hier um die Einfügung der Sachen in einen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk handelt, kann als den Besitzerwerb hinderndes Moment nur noch ein etwa generell oder speziell vorhandener Wille, die Sache nicht besitzen zu wollen, in Betracht kommen. Rein objektiv gesehen, handelt es sich hier um die Zusendung von vom tatsächlichen Empfänger unbestellten Waren, für die das Vorhandensein eines generell ablehnenden Willens bereits festgestellt wurde. Es wäre aber ein gewisser Widerspruch, wollte man den subjektiven Willen sich nur nach rein objektiven Merkmalen bestimmen lassen. Vielmehr ist seine Bildung in erheblicher Weise durch Vorstellungen und deren Subsumtion — d. h. Urteile — bestimmt. Und deshalb läßt sich die hier dargestellte Lage nicht mit der bei unbestellten Zusendungen vorhandenen identifizieren. Ein versehentliches falsches Abladen — ein mehr oder weniger entschuldbarer Irrtum — kann nicht einem Verhalten gleichgestellt werden, das von der Verkehrsanschauung als unerwünschte Besitzaufdrängung mißbilligt wird. Infolgedessen steht dem Besitzerwerb durch den Inhaber des Gewaltbezirks, in den die Sache versehentlich eingefügt wird, kein generelles negatives Willensmoment wie bei der Zusendung unbestellter Waren entgegen. Möglich ist allein im konkreten Fall das Vorhandensein eines speziell ablehnenden Willens.

Keinen Besitz erwerbe ich an den Sachen, die ein Besucher versehentlich in meiner Wohnung zurückgelassen hat. Die Be-

gründung ist folgende: Solange der Besucher in der Wohnung ist, unterliegen die in seiner unmittelbaren Nähe befindlichen Sachen seiner Gewaltsphäre als in einem speziellen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk befindlich; alle übrigen, z. B. der in der Garderobe abgelegte Stock, Hut und Mantel unterliegen zwischen uns den Regeln des bezirksfreien Raumes. Für uns beide besteht eine objektive Einwirkungsmöglichkeit, jener bleibt aber Besitzer, weil er Besitzer gewesen ist und die tatsächliche Gewalt noch nicht verloren hat. Denn durch das Einbringen in meine Wohnung habe ich keinen Besitz erworben, weil generell der negative Wille ausgeprägt ist, an den seinem Besucher gehörenden Sachen keinen Besitz erwerben zu wollen. Selbst wenn dieser nun die Sachen in meiner Wohnung vergißt, dann bleibt er doch noch solange Besitzer, bis er eben seinen Besitz verliert, d. h. in diesem Falle — das Nähere vgl. unten bei der Erörterung des Besitzverlusts — solange, bis ich den Besitz erwerbe, was nur durch Beseitigung meines negativen Willens, also durch eine Handlung wie im bezirksfreien Raum geschehen kann. Ein solcher Besitzerwerb würde z. B. anzunehmen sein, wenn aus dem augenblicklichen Vergessen ein Dauerzustand werden würde, der mich zu besonderen Verwahrerhandlungen nötigt. Dies wird jedoch noch nicht der Fall sein, solange mit einer jederzeit möglichen Rückkehr des Besuchers gerechnet wird.

Endlich könnten noch Zweifel entstehen beim Besitzerwerb eines verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks als solchem, z. B. eines Koffers mit Inhalt. Er beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln, kann also je nach Lage der Sache entweder durch Einfügung in einen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk oder durch Inanspruchnahme einer physischen Einwirkungsmöglichkeit im bezirksfreien Raum erworben werden. Es ist also z. B. zum Besitzerwerb an einem Weinkeller die Uebergabe des Schlüssels erforderlich, aber auch ausreichend. Meistens wird sich jedoch ein derartiger Besitzübergang, sofern der Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, nach § 854 Abs. 2 beurteilen.

Die Elemente der Dauer und Festigkeit, die von der herrschenden Lehre als Begriffsmerkmale aufgestellt sind, treten hier in ihrer Bedeutung zurück, weil sich Besitz und Besitzlage nach anderen Grundsätzen beurteilen. So werde ich nicht Besitzer der Bestecke, die ich auf einer Abendgesellschaft als Gast benutze, weil ich trotz des gegenwärtigen Gebrauchs immer die Herrschaftssphäre des Gastgebers anerkenne und — negativ —

den Willen habe, nicht in dieses Gewaltverhältnis eingreifen zu wollen.

Auf die Frage der Sichtbarkeit des Besitzerwerbs läßt sich nach den Ausführungen die Antwort geben, daß der Besitzerwerb immer ein sichtbarer realer Vorgang ist. Im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk liegt er in der räumlichen Einfügung der Sache in die Herrschaftssphäre, im bezirksfreien Raum in der zur Herstellung des Besitzverhältnisses erforderlichen Handlung der Person.

b) Zweifelsfragen beim Besitzerwerb im bezirksfreien Raum.

Der vielumstrittene „Kohlenfall" läßt sich nach den Regeln des bezirksfreien Raumes leicht lösen. Der Sachverhalt: Auf dem Hofe eines von vielen Parteien bewohnten Mietshauses werden Kohlen abgeladen. Wer ist Besitzer, wenn 1. die Kohlen von niemand bestellt, sondern nur versehentlich dort abgeladen wurden; 2. wenn die Kohlen zwar von einer Partei bestellt waren, der Händler sie aber vor dem vereinbarten Termin geliefert hat, und 3. wenn die Kohlen sowohl bestellt wie auch zum vereinbarten Termin geliefert wurden. Da die erste und zweite Frage auf das engste mit den erst später anzustellenden Erörterungen über die Besitzlage und den Besitzverlust zusammenhängen, soll ihre Entscheidung solange zurückgestellt werden. Die dritte Variante beantwortet sich in folgender Weise. Obwohl durch das Abladen der Kohlen in einem bezirksfreien Raum die Einwirkungsmöglichkeit eines unbestimmten Personenkreises besteht, so wird doch von allen denen, die die Kohlen nicht bestellt haben — im Normalfall — das Verhältnis des unbekannten Warenbestellers zur Sache anerkannt und respektiert. Das geht aus dem Verhalten der übrigen Mieter hervor, die sich überhaupt nicht um die abgeladenen Kohlen kümmern. Der zum Besitzerwerb erforderliche Willens-Akt, der kausal ist für das nunmehrige Vorhandensein eines respektierten Gewaltverhältnisses, liegt in der Bestellung der Kohlen und der Terminvereinbarung. Also hat mit dem Abladen im Falle 3 der Besteller Besitz erworben, und zwar auch dann, wenn er zur Zeit gar nicht in seiner Wohnung ist. Denn die hier zum Besitzerwerb notwendigen Erfordernisse hängen nicht von der gegenwärtigen Anwesenheit des Bestellers ab.

Die nur einseitige von dem bisherigen Besitzer erfolgte Erklärung, er überlasse den Besitz, stellt für sich allein keine zum

Besitzerwerb notwendige Handlung des Erwerbers dar. Es ist demnach dem Ergebnis der Entscheidung des Reichsgerichts JW. 02, Beilage 201 zuzustimmen, daß die Gestattung der Entnahme von Bodenbestandteilen (Kies u. dergl.) nicht ohne weiteres die Einräumung des Besitzes am Grundstück oder an Teilen desselben begründet[21]). Unter Umständen wird aber in solchen Fällen ein Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 anzunehmen sein.

Einen sehr lehrreichen Fall bietet die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 106 S. 136 ff., JW. 1925 S. 784 Nr. 37 und Anm. Der Sachverhalt ist folgender: In dem Abort der Gastwirtschaft des Klägers wurde von der Beklagten eine von der Vorbenutzerin verlorene Halskette gefunden und mitgenommen. Der Kläger behauptet, die Beklagte habe durch das Auf- und Mitnehmen des Schmuckstücks seinen Besitz verletzt und beantragt, die Beklagte zur Herausgabe zu verurteilen. Die Klage wurde auch in der Revisionsinstanz abgewiesen. Dem Ergebnis der Entscheidung ist zuzustimmen, wenngleich die Begründung, wie Hedemann in der Anmerkung überzeugend ausführt, alles weniger als durchschlagend ist. „Wenn auf der einen Seite behauptet wird, unbewußtes Innehaben genüge nicht, dann aber gleich der bekannte „allgemeine" Briefkastenwille für ausreichend erklärt wird, der über die Kenntnisnahme vom Erwerbe des Einzelstückes erhaben ist, so liegt darin ein Widerspruch. Entweder nimmt man es mit dem Bewußtsein genau, dann kann es keinen solchen allgemeinen Willen geben; oder man läßt den allgemeinen Willen zu, dann muß man vom Bewußtsein ganz absehen bzw. mit einem sehr problematischen Unterbewußtsein arbeiten. Bei der letzteren Alternative ist es des weiteren nicht einzusehen, warum der Gastwirt nicht einen allgemeinen Willen haben könnte, daß auch die noch gar nicht bemerkten im Staub verkrümelten Gegenstände in seinen Herrschaftsbereich fallen sollen." Dieser ausgezeichneten Polemik, die über den Einzelfall hinausgeht und eine wesentliche Erschütterung der Willenstheorie ganz im allgemeinen bedeuten dürfte, läßt sich nichts hinzufügen.

Das eigentliche Problem liegt in der Frage, ob der Kläger Besitzer wurde, als die Vorbenutzerin das Schmuckstück verlor. Der Fall ist als Besitzerwerb im bezirksfreien Raum zu behandeln, da hinsichtlich der Räume einer Gastwirtschaft die Einwirkungsmöglichkeit eines unbestimmten Personenkreises be-

---

[21]) Vgl. auch RGRK § 854, 3.

steht und man demnach nicht von einer ausgeprägten verkehrs-abgeschlossenen Gewaltsphäre des Inhabers sprechen kann. Infolgedessen reicht auch die für den Kläger bestehende Einwirkungsmöglichkeit für sich allein nicht aus; es muß vielmehr zum Besitzerwerb noch eine Handlung hinzukommen, die diese Raumbeziehung zur Sache zum Besitz erhebt. Da eine solche nach dem vom Vorderrichter festgestellten Sachverhalt fehlt, so ist der Kläger nicht Besitzer geworden. Eine generell vorweggenommene Beanspruchung der sich aus etwaigen Verlusten der Benutzer ergebenden Einwirkungsmöglichkeiten ist im allgemeinen nicht anzunehmen. Der Verkehr betrachtet auch eine auf dem Abort eines Lokals verlorene Sache nicht ohne weiteres als Fund des betreffenden Inhabers, sondern solange als herrenlos, bis sie wirklich jemand findet und an sich nimmt. Anders wäre es z. B., wenn im Einzelfall entsprechende Anschläge vorhanden wären, die zu einer derartigen generellen Anerkennung führen würden.

6. Besitzlage und Besitzverlust.

Damit wäre die praktische Anwendung der neuaufgestellten Lehre im wesentlichen durchgeführt, und wir kommen nun im folgenden zu einer Betrachtung der Besitzlage und des Besitzverlusts. Die Beziehungen, in denen Besitzerwerb, Besitzlage und Besitzverlust zueinander stehen, wurden bereits dem Gedanken nach in großen Zügen oben (S. 19/20) angedeutet. Hier handelt es sich um die praktische Verwertung der Idee.

Es wurde ausgeführt und unter Beweis gestellt, daß die Besitzlage als eigentlich elementarer Besitztatbestand die geringste praktische Bedeutung hat, und daß ihre Definition sich erschöpft in dem Satz: sie ist die zwischen Erwerb und Verlust bestehende Beziehung der Person zur Sache. Der Besitz läßt sich nur entkräften durch den Tatbestand seines Verlusts. Infolgedessen muß nach Feststellung des Besitzerwerbs sein Nichtvorliegen dargelegt werden, um den Beweis des gegenwärtigen Besitzes zu erbringen. Jeder Besitzbeweis enthält also und muß enthalten die Beantwortung zweier Fragen: 1. Liegt der Tatbestand des Besitzerwerbs vor (positiv) und 2. liegt der Tatbestand des Besitzverlusts vor (negativ)? Und das Ergebnis eines insgesamt positiv ausfallenden Besitzbeweises muß die Ueberzeugung des Richters sein, daß die tatsächliche Möglichkeit besteht, *einen* sinnfälligen Besitzerwerbstatbestand nach Willkür reproduzieren zu können. Nicht erforderlich ist, daß gerade *der* Besitzerwerbstatbestand reproduzierbar ist, der beim Er-

werb dieser Sache tatsächlich vorhanden war. Die Richtigkeit dieser Erkenntnis ist m. E. durch die vorangestellten Ausführungen (S. 20) überzeugend dargetan, und es ist im folgenden auf eine Betrachtung der Besitzverlusttatbestände einzugehen.

7. Insbesondere: Die Besitzverlusttatbestände.

Leitsatz dieser Untersuchung ist der umgekehrte des Besitzerwerbs. Während das Ziel dort die Herstellung eines tatsächlichen schutzwürdigen Verhältnisses war, ist es hier seine Vernichtung. Es ist demnach festzustellen, welche Faktoren diese Zerstörung bewirken. Und dafür kann als Nächstliegendes das Fortfallen eines der Umstände, die zum Besitzerwerb erforderlich waren, in Betracht kommen.

α) Die Raumlage: Sie gibt hier weniger Aufschluß als beim Besitzerwerb, z. B. braucht die Entfernung einer Sache aus einem verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk keinen Verlust der tatsächlichen Gewalt zu bedeuten. Das gleiche gilt für die Veränderung der Raumlage im bezirksfreien Raum. Wohl aber k a n n eine Verschiebung der tatsächlichen Lage der Sache den Verlust der Herrschaftsgewalt enthalten, nämlich dann, wenn damit die Folge verknüpft ist, daß dem bisherigen Gewaltinhaber die Fähigkeit entzogen wird, eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache herzustellen (vgl. auch oben S. 20), z. B. bei verlorenen Sachen.

β) Die Willensfunktionen: Auch durch ihre Umkehrung kann für sich allein ein Verlust der tatsächlichen Gewalt nicht hervorgerufen werden. Dadurch, daß ich den Entschluß fasse, eine in meinen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk gelangte Sache nicht mehr besitzen zu wollen, kann ich meinen gegenwärtigen Besitz nicht zerstören. Es genügt auch nicht, wenn ich diesen Entschluß der Umwelt kund tue, gleichwohl aber die Sache in meinem Gewaltbezirk liegen lasse. Ein nachträglich negativer Wille, nicht mehr besitzen zu wollen, reicht für sich allein nicht aus. Er konnte wohl, von vornherein vorhanden, die Entstehung des Besitztatbestandes verhindern, vermag ihn aber nachträglich nicht zu zerstören. Man könnte von einer protestatio facto contraria sprechen, gleich dem Fall, wenn ich auf der Straße — bezirksfreier Raum — eine Sache in der Hand halte, laut rufe: „Ich will sie nicht mehr haben", es aber bei diesem Rufe bewenden lasse und sie weiterhin in der Hand behalte. Es darf nicht gefolgert werden: weil der Besitzerwerb schutzwürdig sein muß, die Schutzwürdigkeit aber als nicht vor-

liegend angesehen wurde bei einem gegenteiligen Besitzwillen, deshalb zerstört auch ein nachträglicher negativer Wille Schutzwürdigkeit und Schutzbedürfnis. Vielmehr ist der entsprechende Vergleich: Wie zum Besitzerwerb Raumlage und Schutzwürdigkeit in ihrem Zusammenwirken den Besitztatbestand erzeugten, ebenso kann auch hier nur ein Zusammenwirken der beiden Elemente den Besitz zerstören. Eine Veränderung der Raumlage nur mit fortfallender Schutzwürdigkeit und ein — durch eine Willensänderung hervorgerufenes — Fortfallen der Schutzwürdigkeit nur in Verbindung mit einer Veränderung der Raumlage.

Diese gegenseitige Abhängigkeit ist aber sehr zu Gunsten der Raumlage verschoben. Denn ihre Veränderung kann aus sich heraus wohl einen Fortfall der schutzwürdigen Anerkennung nach sich ziehen — Verlust, Herrenlosigkeit —, nicht aber umgekehrt auch der durch die Willensänderung bedingte Fortfall der Schutzwürdigkeit eine physische Veränderung der Raumlage. Man sieht daraus, daß die Raumlage, wenn sie auch für den Besitzverlust weniger aufschlußreich als für den Besitzerwerb ist, doch den Hauptfaktor des Besitzverlusttatbestandes bildet. Und das erklärt sich auch ohne weiteres aus dem Umstand, daß Bestehen und Fortfall der Schutzwürdigkeit ein viel zu weiter nicht nur auf Besitzverhältnisse passender Rahmen ist, der erst durch die objektive Beziehung der Person zur Sache seinen eigentlichen Inhalt — tatsächliche Gewalt — erlangt. Da weiterhin sich aus der Raumlage beim Besitzerwerb eine teils psychische durch generelle Anerkennung eines verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks gewährleistete, teils physische, im bezirksfreien Raum bestehende Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache ergab, und die Besitzlage aus der Reproduzierbarkeit derselben erkennbar war, so läßt sich zusammenfassend der Besitzverlust als „Aufhören der Fähigkeit, eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache herzustellen“ definieren.

Im folgenden ist nun im einzelnen darzustellen, wann der Verlust der Möglichkeit, einen Besitzerwerbstatbestand herzustellen, eingetreten ist. Das Gesetz gibt zunächst zwei Anhaltspunkte, wie er erfolgen kann: nämlich freiwillig oder unfreiwillig. Daraus folgt, daß die obige Definition nicht im rein objektiven Sinn verstanden werden darf — d. h. die Herstellung einer Einwirkungsmöglichkeit objektiv unmöglich sein muß —, denn dann wäre ein freiwilliger Besitzverlust fast undenkbar, zumindest sehr schwierig, und müßte immer zur

vollständigen Vernichtung des Verkehrswertes der Sache führen. Vielmehr ist dem tatsächlichen objektiven Aufhören der Einwirkungsmöglichkeit das gewollte und aus einer Veränderung der Raumlage ersichtliche gleichzustellen. Jedoch reicht eine lediglich innerhalb eines verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks erfolgte Aenderung hierfür nicht aus. Denn aus einer solchen Handlung läßt sich nichts für eine freiwillige Begebung der tatsächlichen Gewalt entnehmen, da die Sache, solange sie sich im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk befindet, von der generellen Anerkennung erfaßt wird. Eine solche Handlung ist demnach der bloßen inneren Willensänderung gleichzustellen (vgl. oben β).

Der unfreiwillige Besitzverlust kann nun geschehen durch Entziehung der Sache mit der Folge einer anderweitigen Besitzentstehung, und ferner in sonstiger Weise, z. B. durch Verlieren. Der freiwillige kann eintreten durch freiwillige anderweitige Besitzbegründung oder durch einseitige Aufgabe. Wir erhalten also folgendes Schema:

a) Unfreiwilliger Besitzverlust:
   α) Besitzerwerb eines Dritten (Wegnahme),
   β) Sonstiger unfreiwilliger Besitzverlust;
b) Freiwilliger Besitzverlust:
   α) Besitzübertragung,
   β) Einseitige Aufgabe.

a) Der unfreiwillige Besitzverlust.

α) Besitzerwerb eines Dritten (Wegnahme): Er bedarf keiner näheren Begründung, da der vollzogene Besitzerwerb durch einen Dritten — abgesehen von den hier nicht zu erörternden Fällen des Mitbesitzes — die anerkannte Einwirkungsmöglichkeit des bisherigen Besitzers ausschließt.

β) Sonstiger unfreiwilliger Besitzverlust: Hier ist die Abgrenzung schon schwieriger. Er ist nicht anzunehmen beim Liegenlassen einer Sache, wenn der betreffende Besitzer gleichwohl weiß, wo sie sich befindet, und solange sie noch tatsächlich dort liegt. Vergesse ich z. B. ein Buch auf einer Bank im Park und erinnere mich daran erst, nachdem ich zu Hause angelangt bin, so besteht doch immer noch für mich die Einwirkungsmöglichkeit, es zu holen, solange es sich tatsächlich noch an dem Ort, an dem ich es vergaß, befindet. Dadurch, daß eine Sache im bezirksfreien Raum in eine Lage kommt, die auch anderen Personen eine Einwirkung ermöglicht, wird mein Besitz noch nicht

zerstört, solange eben noch die geschilderte Reproduktionsmöglichkeit besteht. Keinen Unterschied macht es dabei, ob gerade ein Dritter an der Bank vorbeigeht und die unmittelbare physische Möglichkeit hat, das Buch aufzunehmen; denn ebensowenig wie diese bloße Möglichkeit der tatsächlichen Einwirkung für sich allein im bezirksfreien Raum zur Besitzbegründung ausreicht, ebensowenig kann sie auch eine Veränderung der gegenwärtigen Besitzlage hervorrufen. Solange nicht das Buch von einem Dritten aufgenommen und behalten wird, solange wird eben die Beziehung des unbekannten wahren Besitzers noch tatsächlich anerkannt, und solange besteht für ihn die jederzeit zu verwirklichende Möglichkeit, hinzugehen und das Buch zu holen. Und da festgestellt wurde, daß dieser Tatumstand das Wesensmerkmal der Besitzlage ausmacht, so bin ich auch noch in dem Augenblick, da das vergessene Buch auf der Bank liegt und ich zu Haus bin, Besitzer.

Auch an der Geldbörse und den Schlüsseln, die bei der Arbeit auf dem Acker vergessen wurden, habe ich solange Besitz, wie ich weiß, wo sie sich befinden, und solange meine nur aus dem Vorhandensein der Sachen zu vermutende Beziehung zu ihnen respektiert wird. Beides ist erforderlich, damit die Einwirkungsmöglichkeit gegeben ist. Und da sie also besteht, bleibe ich Besitzer der vergessenen Geldbörse und Schlüssel, bis die Anerkennung meiner Beziehung durch die Besitzerwerbshandlung eines Dritten durchbrochen wird, weil erst dann Schutzwürdigkeit und Einwirkungsmöglichkeit entfallen. Die Besitzlage zeigt also eine gewisse Stetigkeit und Kontinuität, die sich einfach aus der Tatsache erklärt, daß jemand, dem die Sachen einmal „gehört“ haben, immer noch in einer näheren Beziehung zu ihnen steht als jemand, dessen Beziehung sich auf zwei von vornherein in ihrem Eintreten unbestimmte Handlungen gründet: 1. Die zufällige Entdeckung der Sache, und 2. ihre Inbesitznahme.

Eine gegenteilige Entscheidung würde zu folgendem eigenartigen Ergebnis führen. Man denke sich den Fall, daß ich zurückkomme, um die vergessenen Sachen zu holen. Wenn dann von der anderen Seite zur gleichen Zeit ein Mensch kommt und die „herrenlose Sache“ einen Augenblick früher ergreift, dann sollte ich wirklich nicht das dem Besitzer zustehende Selbsthilferecht gebrauchen können? Daraus geht hervor, daß es für die Frage, ob eine vom Verkehr respektierte Beziehung einer Person zu einer Sache, eine anerkannte reproduzierbare psychische oder physische Einwirkungsmöglichkeit

vorliegt, in keiner Weise auf die viel zitierte (vgl. oben S. 14/15) wirtschaftliche Normallage der Sache ankommt. Ob die Schlüssel im Haus am Schlüsselbrett hängen, ob ich sie in der Tasche habe oder bei der Arbeit auf dem Felde vergaß, ist für die Frage meines Besitzes gänzlich unbeachtlich.

Mit diesen Ergebnissen läßt sich jetzt auch das auf S. 32/33 angeführte Beispiel, in dem ein Besucher Sachen in meinem verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk vergaß, vollständig übersehen. Negativ wurde festgestellt, daß der Gewaltbezirksinhaber keinen Besitz erwirbt. Positiv kann man hinzufügen, daß der bisherige Besitzer ihn solange behält, bis jener zu Verwahrerhandlungen genötigt wird. Denn solange bestehen Einwirkungsmöglichkeit des bisherigen Besitzers und die Anerkennung seiner tatsächlichen Beziehung zur Sache durch den Gewaltbezirksinhaber.

Beispiele für ein Aufhören der reproduzierbaren Einwirkungsmöglichkeit, das den Besitzverlust ohne Besitzerwerb eines Dritten zur Folge hat, sind: der eigentliche Verlust einer Sache, bei dem man ihren Aufenthaltsort vergessen hat, sofern er nicht innerhalb eines verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks bleibt, und der Untergang der Sache, der der Unmöglichkeit der Leistung im Schuldrecht entsprechen würde.

b) Der freiwillige Besitzverlust.

α) Ueber den Besitzverlust, der durch Uebertragung des Besitzes auf einen anderen entsteht, ist wenig zu sagen, weil hier Raumlage und Handlungen der Parteien zusammenwirken und eine klare Kenntlichkeit schaffen.

β) Problematisch ist wiederum, entsprechend dem sonstigen unfreiwilligen Besitzverlust, der freiwillige Besitzverlust durch einseitige Aufgabe. Festgestellt wurde bereits negativ, daß eine bloße Willensäußerung, eine Veränderung der Raumlage innerhalb eines verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks hierzu nicht ausreichen. Vielmehr muß die Handlung den Willen erkennen lassen, sich der Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache zu begeben. Mehr, insbesondere eine objektive Vernichtung derselben ist dagegen nicht zu verlangen. So geht mein Besitz an der Sache, die ich fortwerfe, verloren, obwohl ich den Ort, an dem ich sie fortgeworfen habe, noch genau in Erinnerung habe, und deshalb, solange sie nicht von einer anderen Seite auf- und mitgenommen wird, eine tatsächlich zu verwirklichende Einwirkungsmöglichkeit weiterbesteht.

Ebenso muß aber auch der Besitz an dem fortgejagten Hund untergehen, selbst wenn er sich wieder einfinden sollte[22]). Denn durch das Fortjagen habe ich, genau wie im vorigen Fall, mittels einer Veränderung der Raumlage den Willen geäußert, mich meiner Einwirkungsmöglichkeit zu begeben. Wollte man hier das Hauptgewicht der noch weiterbestehenden tatsächlichen Gewalt auf das Sichwiedereinfinden des Hundes legen, dann käme man praktisch auf die ganz allgemein abgelehnte Abhängigkeit der tatsächlichen Gewalt von der Nähe der Sache; denn nur dadurch unterscheiden sich die beiden Fälle voneinander. Objektive Vernichtung der reproduzierbaren Einwirkungsmöglichkeit liegt bei keinem vor. Wollte man aber in dem Zurückkommen des fortgejagten Hundes eine Wiederherstellung der tatsächlichen Gewalt, also Besitzerwerb, annehmen, so steht dem nach den aufgestellten Grundsätzen ein spezieller negativer im Fortjagen zum Ausdruck gekommener Wille entgegen.

Damit wäre der Tatbestand des Besitzverlusts in allen seinen Formen dargestellt, und wir wenden uns zum Schluß noch einmal den oben zurückgestellten Varianten des Kohlenfalles zu (vgl. S. 34).

Es waren dort noch zu beantworten die Fragen: 1. wie die Besitzlage wäre, wenn die Kohlen nicht bestellt, sondern nur versehentlich auf dem Hofe abgeladen wurden; 2. wenn die Kohlen zwar bestellt waren, der Händler sie aber vor dem vereinbarten Termin geliefert hat. Im Falle 1 bleibt der Kohlenhändler Besitzer, da er jederzeit in der Lage ist, die Kohlen wieder abholen zu lassen — reproduzierbare Einwirkungsmöglichkeit — und die Beziehung des unbekannten Besitzers zu den Kohlen vom Verkehr respektiert wird. Ebenso wird man auch im Falle 2 zu entscheiden haben. Aus der Raumlage der Sache im bezirksfreien Raum ist nichts zu entnehmen. Die aus der Existenz dieses Kohlenhaufens zu vermutende Beziehung zu jemandem, dem er „gehört", wird respektiert, gleich, ob Verkäufer oder Käufer Besitzer ist, ja ohne daß sich überhaupt jemand darum kümmert. Infolgedessen vollzieht sich die Tatsache des Besitzübergangs in diesem Falle weniger vor den Augen der Umwelt, als vielmehr im Innenverhältnis zwischen den unmittelbar Beteiligten. Auf jeden Fall ist aber zum Besitzerwerb im bezirksfreien Raum eine Handlung des Erwerbers erforderlich. Diese Handlung wurde bei der Besprechung der dritten Möglichkeit — die Kohlen sind bestellt und zum ver-

---

[22]) A. A. Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 101, III, D.

einborten Termin geliefert — in der Bestellung gesehen und als ausreichend für den Besitzerwerb erachtet; aber eben nur, weil die tatsächliche Lage der Handlung entsprach. Deshalb ist hier, wo sie nicht von der Handlung anerkannt ist — die Kohlen sollten danach erst drei Tage später kommen — kein Besitzerwerb anzunehmen. Mit anderen Worten: der Besitzerwerb scheitert, weil keine Handlung vorliegt, welche die durch die gegenwärtige tatsächliche Lage gebotene Einwirkungsmöglichkeit für sich in Anspruch nimmt. Andererseits hat aber der Händler seinen Besitz nicht verloren, da der hierfür einzig in Betracht kommende Tatbestand der einseitig erfolgten freiwilligen Besitzaufgabe nicht vorliegt. Er ist vielmehr stillschweigend und tatsächlich bedingt durch den Besitzerwerb des Käufers, und diese Bedingung ist nicht eingetreten.

8. Zusammenfassendes Schlußergebnis des II. Hauptteils.

Fassen wir nun noch einmal abschließend die gesamten Erkenntnisse der Untersuchung zusammen, so läßt sich folgendes Schema aufstellen:

Der Besitzerwerb.

Ziel:	Die Herstellung eines vom Verkehr anerkannten und respektierten tatsächlichen Verhältnisses einer Person zu einer Sache (tatsächliche Gewalt).	
	Der Verkehr erkennt als tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache an:	
	I. Gewaltkreise (v.a.G.) Sie gewährleisten eine psychische, durch generelle Anerkennung bedingte Einwirkungsmöglichkeit (psychische tatsächliche Gewalt)	II. Spezielle Einzelbeziehungen (b.R.) Die spezielle Anerkennung ist bedingt durch eine physische Einwirkungsmöglichkeit.
Raumlage der zu erwerbenden Sache:	Außerhalb des v.a.G.: indifferent (s. II) Innerhalb: führt regelmäßig zur Erreichung des Zieles (scheinbare Besitzlage).	Ohne physische Einwirkungsmöglichkeit: indifferent. Mit physischer Einwirkungsmöglichkeit: Grundlage für einen möglichen Besitzerwerb, aber keine scheinbare Besitzlage.
Besitzerwerb:	Ausgeschlossen durch einen negativen, den Besitzer-	Vollzogen durch eine Handlung, die die physi-

v.a.G. = verkehrsabgeschlossener Gewaltbezirk.
b.R. = bezirksfreier Raum.

werb von vornherein ablehnenden Willen.
Grund: Schutzbedürfnis und Schutzwürdigkeit als die Folge der Anerkennung sind aus einer Abwägung aller für und gegen den Besitzerwerb sprechenden Interessen zu bestimmen.

sche Einwirkungsmöglichkeit für sich in Anspruch nimmt (phys. tatsächliche Gewalt).
Grund: die Vieldeutigkeit der Raumlage erfordert eine eindeutig bestimmende Handlung.

Die Besitzlage.

Definition: die zwischen Besitzerwerb und Besitzverlust bestehende tatsächliche Lage.

Erfordernis: Reproduzierbarkeit e i n e s Besitzerwerbstatbestandes (Savigny), die nur ausgeschlossen wird durch den Besitzverlust.

Der Besitzverlust.

Ziel: Die Vernichtung des vom Verkehr anerkannten und respektierten tatsächlichen Verhältnisses einer Person zu einer Sache (tatsächliche Gewalt). Es genügt weder die Vernichtung der Anerkennung durch Willensumkehr, noch eine Veränderung der Raumlage für sich allein.

Das Ziel wird erreicht durch Aufhören der physisch oder psychisch anerkannten Einwirkungsmöglichkeit.
Dies kann geschehen durch:

I. unfreiwilligen Besitzverlust:
a) Besitzerwerb eines Dritten (Wegnahme);
b) in sonstiger Weise (Verlust);

II. freiwilligen Besitzverlust:
a) Besitzerwerb eines Dritten (Uebertragung);
b) einseitige Aufgabe (Handlung, die den Willen erkennen läßt, sich der Einwirkungsmöglichkeit zu begeben).

III. Teil.

Die Auswirkungen der Gewaltbezirkstheorie.

Der dritte Hauptteil beschäftigt sich mit einer systematischen Einordnung aller der Besitznormen, die eine unmittelbare Beziehung zum Begriff der tatsächlichen Gewalt enthalten. Es sind dies die Bestimmungen der §§ 854 Abs. 2, 855 und 857 BGB.

1. Der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2.

a) Die systematische Stellung im Rahmen der Besitzlehre.

Bestritten ist zunächst die systematische Stellung des § 854 Abs. 2. Während die überwiegende Meinung[1]) ihn als eine Erläuterung des in Abs. 1 aufgestellten Begriffs ansieht, der vor allem einer zu engen Auffassung vorbeugen soll, stellt sich insbesondere Biermann[2]) auf den Standpunkt, daß § 854 Abs. 2 selbständige Voraussetzungen für den Besitzerwerb schafft, die Frage also, ob der Erwerber tatsächliche Gewalt i. S. von Abs. 1 erlangt, sich erübrigt. Nach den Untersuchungen des vorangegangenen Teils ist der h. M. beizupflichten. Es wurde erkannt, daß eine tatsächliche Gewalt nicht nur in physischer Einwirkungsmöglichkeit bestehen kann, sondern in einem vielleicht noch größeren Umfange auf einer psychischen durch die Anerkennung des Verkehrs gewährleisteten beruht. Ganz ausgezeichnet paßt der — wenn auch in einem etwas anderen Zusammenhang — von Rosenberg formulierte Satz[3]): „Die"

---

[1]) Planck § 854, 3; Rosenberg § 854, II: „Eine Erleichterung, die der Verkehrsaufassung der „tatsächlichen Gewalt" entspricht".

[2]) § 854, 6 a. Ihm nahe wohl Wolff § 11, II: „Die Besitzübertragung durch schlichte Einigung schafft hiernach eine Erleichterung gegenüber dem originären Erwerbe und gegenüber der körperlichen Uebergabe. Auch Staudinger § 854, II.

[3]) § 854, II.

— durch psychische Anerkennung gewährleistete — „Möglichkeit der Gewaltausübung ist unter dem Schutze des Rechtsgefühls und der Redlichkeit der Volksgenossen tatsächliche Gewalt im Sinne des Verkehrs“. Die oben in dem Begriff des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks erkannte tatsächliche Gewalt entspricht der während der Besitzlage geforderten reproduzierbaren Einwirkungsmöglichkeit. Bei beiden steht das psychische Element im Vordergrund, während das physische zwar durch die psychische Anerkennung gewährleistet erscheint, aber nicht verwirklicht ist. Ebenso hier: Die tatsächliche zum Besitzerwerb erforderliche Gewalt liegt nicht in einer unmittelbaren physischen Einwirkungsmöglichkeit, sondern baut sich auf auf der Besitzlage des Vorbesitzers einer psychischen tatsächlichen Gewalt. Der Uebergang des Besitzes nach § 854 Abs. 2 beruht nun nicht auf einem Uebergang dieser psychischen tatsächlichen Gewalt, sondern auf einer Ausnutzung derselben. Der Unterschied zwischen diesen beiden Vorgängen wird am besten dadurch verdeutlicht, daß im ersten Falle eine Veränderung der verkehrsmäßigen Anerkennung eintritt, im letzteren dagegen bei gleichbleibendem Rahmen nur ein Teil des Inhalts, die Person des Gewaltausübenden wechselt. Eine Veränderung der verkehrsmäßigen Anerkennung würde notwendigerweise die Kenntnis und Umstellung der Volksgenossen voraussetzen — die Bestimmung des § 854 Abs. 2 demnach, die den Besitzübergang lediglich von einer Einigung im Innenverhältnis abhängig macht, eine Ausnahme von Absatz 1 bedeuten, der die vollzogene Anerkennung, also auch die vollzogene Veränderung zum Besitzerwerb fordert. Die verkehrsmäßige Anerkennung der tatsächlichen Beziehungen wird aber durch den Besitzerwechsel nicht berührt, weil die Umwelt sich keine Gedanken darüber macht, wessen tatsächliche Gewalt respektiert wird. Demnach hängt der Erwerb der zum Besitz erforderlichen tatsächlichen — psychischen — Gewalt nur noch von der Anerkennung durch den Vorbesitzer ab, und diese liegt in der nach § 854 Abs. 2 notwendigen Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber. § 854 Abs. 2 ist also keine Ausnahme von § 854 Abs. 1, weil auch in seinen Fällen der Besitzerwerb die Herstellung eines vom Verkehr anerkannten und respektierten tatsächlichen Verhältnisses einer Person zu einer Sache fordert und diese tatsächliche Gewalt sich mit der in Abs. 1 festgestellten dazu ausreichenden psychischen Einwirkungsmöglichkeit deckt.

b) Das „In der Lage sein“ (§ 854 Abs. 2) des Erwerbers, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Unmittelbar mit dem Streit über die systematische Stellung des § 854 Abs. 2 im Gebiet der Besitzlehre hängt das Problem zusammen, welches sich an das vom Gesetz für den Erwerber aufgestellte Erfordernis des In-der-Lage-seins, die Gewalt über die Sache auszuüben, knüpft. Hier wird die engste Auffassung von Planck[4]) vertreten. „Es genüge nicht die in der Besitzlage zum Ausdruck kommende vom körperlichen Element des Besitzerwerbs losgelöste Einwirkungsmöglichkeit, vielmehr müsse, wenn auch nicht ein tactus, so doch die unmittelbare Möglichkeit einer vielleicht nicht unbedingt persönlichen, dann aber mindestens durch Stellvertreter oder Gehilfen vermittelten Betätigung jenes „Habens“ gegeben sein, in dem der sachliche Inhalt des Besitzens besteht.“ Diese Ansicht erklärt sich aus einem Festhalten an einem in der Hauptsache sinnlich wahrnehmbaren körperlichen Besitzbegriff. Sie steht aber im Widerspruch mit den aufgezeigten Erkenntnissen, die die Ebenbürtigkeit der physischen mit der vornehmlich im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk zum Ausdruck gelangenden psychischen tatsächlichen Gewalt auch beim Besitzerwerb darlegten. Deshalb ist der von Rosenberg[5]) und Wolff[6]) vertretenen Gegenmeinung beizupflichten, die für die Einwirkungsmöglichkeiten i. S. des § 854 Abs. 2 nur den Eintritt des Erwerbers in die im Augenblick für den bisherigen Besitzer bestehende Besitzlage fordern. Das unter Umständen noch geringere körperliche Einwirkungsmoment, das zu einem Besitzerwerb nach Abs. 1 nicht ausreichen würde, wird hier ergänzt durch die bereits bestehende Anerkennung und Respektierung. Sie gibt die Gewähr, daß bei Fortfall des beeinträchtigenden Hindernisses die körperliche Einwirkungsmöglichkeit jederzeit ausgeübt werden kann. So kann z. B. eine Schneeverwehung den Zugang zu einem im Walde aufgestapelten Holzstoß unmöglich machen. Originärer Besitzerwerb ist während dieser Zeit nicht denkbar, da ein solcher — wie festgestellt — eine physische — bezirksfreier Raum — Einwirkungsmöglichkeit erfordert. Gleichwohl wird aber ein bestehender Besitz durch diese vorübergehende Verhinderung nicht verloren (§ 856 Abs. 2) und kann auch nach

[4]) § 854, 3 b; auch Endemann § 36 Anm. 20 und Cosack § 187 I, 1 c β.

[5]) § 854 II Abs. 1 a. E. und vor 2.

[6]) § 11, II.

§ 854 Abs. 2 übertragen werden. Wäre der Holzstoß besitzlos, so könnte man bei Fortfall des Hindernisses nicht voraussehen, ob er liegen bleibt oder von anderer Seite weggenommen wird. Diese Unsicherheit zwingt dazu, einen Besitzerwerb erst dann anzunehmen, wenn wieder eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit (physisch) besteht und in Anspruch genommen würde. Anders hier: die bereits bestehende Anerkennung läßt im Normalfall mit Sicherheit erwarten, daß bei Fortfall des Hindernisses physische Einwirkung möglich sein wird und gewährleistet deshalb eine bereits gegenwärtig bestehende Macht psychischer Natur. Man sieht also eine gewisse Aehnlichkeit mit der im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk zum Ausdruck gelangenden psychischen tatsächlichen Gewalt, die bereits anläßlich der systematischen Einordnung des § 854 Abs. 2 gestreift wurde, nur daß es sich dort um die Anerkennung eines Gewaltbezirks, hier um die einer speziellen Einzelbeziehung handelt. Damit füllt § 854 Abs. 2 eine zwischen dem verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk und dem bezirksfreien Raum bestehende Lücke aus.

Eine derartige Einwirkungsmöglichkeit liegt nun aber nicht vor, solange sich die Sache im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk des bisherigen Besitzers befindet. Denn dann kann der Eintritt des Erwerbers in die Besitzlage desselben nur dadurch erfolgen, daß er Inhaber des gesamten Gewaltbezirks wird. Hier bewirkt die bloße Einigung keinen Besitzübergang, weil der Einwirkungsmöglichkeit der verkehrsabgeschlossene Gewaltbezirk des Vorbesitzers entgegensteht. Daraus folgt, daß eine Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 nur im bezirksfreien Raum möglich ist, die Sache sich also nicht in einem verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk befinden darf. Damit gibt uns die Scheidung der Raumlage wieder ein wichtiges Erkenntnismerkmal in die Hand, das sehr viele Schwierigkeiten vereinfacht. Gefühlsmäßig ist das bereits von Planck[7]) erfaßt, wenn er fordert, daß dort, wo sich der Besitz des Veräußernden äußerlich markiert, das „verschwinden" muß. So kann z. B. der Besitz an einem im Stalle stehenden Pferd nicht nach § 854 Abs. 2 übertragen werden. Ebenso nicht Hölzer, die auf dem Lagerplatz des Verkäufers — der gewöhnlich der Umwelt gegenüber abgeschlossen zu sein pflegt — in Gegenwart des Käufers ausgesucht wurden, selbst wenn sie gestempelt und abgesondert gelagert werden, weil sie auch dann immer noch innerhalb des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks bleiben.

---

[7]) § 854, 3 b.

Eine Schenkung des Dienstherrn an den Dienstboten ist noch nicht vollzogen, solange die Besitzänderung nicht äußerlich hervortritt. Denn der Dienstbote ist kein — zumindest nicht vom Gesetz anerkannter — Mitgewaltbezirksinhaber, sodaß das Haus zwar nach außen als verkehrsabgeschlossener Gewaltbezirk, im Innenverhältnis aber als bezirksfreier Raum zu behandeln wäre.

Auch die nur anscheinend abweichende Lehre Wolffs (§ 11, III, 1) kommt zu demselben Ergebnis. Es ist, weitergehend als Planck es tut (§ 854, 3 b), zu folgern, daß in einem solchen Falle, solange sich die Sache innerhalb des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks befindet, ein Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 überhaupt nicht möglich ist, sondern immer nach Abs. 1 erfolgen muß. Dadurch, daß ich einem Dienstboten eine Sache schenke und ihm gestatte sie in Besitz zu nehmen, gebe ich meine den ganzen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk umfassende Herrschaftssphäre nicht auf, sondern sanktioniere nur die Rechtmäßigkeit des Eingriffs. Nach wie vor schließt meine Herrschaftssphäre Eingriffe von außen her aus und zwingt auch den Dienstboten zu ihrer generellen Anerkennung. Sein Besitzerwerb muß sich deshalb gegen diese allgemeine Herrschaftssphäre bilden. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß, wenn schon im neutralen bezirksfreien Raum eine Handlung zum Besitzerwerb erforderlich ist, diese um vieles mehr notwendig zu einem Besitzerwerb ist, dem eine ihn ausschließende Gewaltsphäre entgegenwirkt. Wenn Wolff Besitzerwerb des Hausboten deshalb annimmt, weil er von vornherein die tatsächliche körperliche Gewalt ausübt, so ist damit wohl etwas zuviel gesagt. Es mag im Einzelfalle zutreffen, ist jedoch mindestens im Sinne der zum Besitzerwerb im bezirksfreien Raum erforderlichen Handlung nachzuweisen, die die vom Dienstherrn gewährte Einwirkungsmöglichkeit für sich in Anspruch nimmt. Die Formen hierfür sind verschieden, meistens — aber nicht immer — wird sie in einem körperlichen Ergreifen bestehen.

Mit den dargestellten Fällen ist aber nicht zu verwechseln die Ausscheidung und Uebertragung eines ganzen Gewaltbezirks als solchen. So kann z. B. der Besitz an einem von außen her frei zugänglichen Raum nach § 854 Abs. 2 übertragen werden[8]), z. B. durch Uebergabe des Schlüssels, dagegen nicht, wenn der Zugang sich in der Wohnung des bisherigen Besitzers befindet.

---

[8]) Vgl. dazu S. 33.

2. Das Besitzdienstverhältnis (§ 855).

a) Die systematische Stellung.

Die systematische Stellung des § 855 ist in gleicher Weise wie die des § 854 Abs. 2 streitig. Enthält er eine Ausnahme oder nur eine Erklärung des Begriffs der tatsächlichen Gewalt? Hier wie dort zwei Ansichten, die deshalb niemals zu einer Einigung kommen werden, weil sie von einer ganz verschiedenen Sinnbedeutung des Wortes „tatsächliche Gewalt" ausgehen. Die insbesondere von Leonhard[9]) vertretene Ansicht will den Begriff der tatsächlichen Gewalt in einer möglichst nahen Beziehung zur körperlichen Sachherrschaft halten, und deshalb überall dort, wo auch bei weitester Auslegung davon keine Rede sein kann, Ausnahmen von dem in § 854 Abs. 1 aufgestellten Besitzbegriff annehmen. Dagegen macht sich die gegenteilige Ansicht[10]) von dem physischen Element frei und faßt — wenn man die aus vielen durchaus nicht einheitlichen Aeußerungen hervorgehenden Gedanken zu einem Prinzip vereinigen will — das Wort „tatsächlich" nur im Gegensatz zum Begriff des „rechtlichen" auf. Leonhard[11]) hat durchaus recht, wenn er sagt, daß z. B. ein Diener, der ganz allein auf Wochen eine Villa bewacht, nicht als tatsächlicher Gewalthaber angesehen werden dürfe. Aber ebenso recht hat Planck[12]), wenn er, ausgehend von dem in § 854 Abs. 1 enthaltenen Begriff der tatsächlichen Gewalt als der Herstellung einer tatsächlichen Beziehung zwischen Person und Sache, welche nach der Verkehrsanschauung der Person die Herrschaft über die Sache verleiht, den § 855 in diesen Begriff einbezieht.

Gegen die Leonhardsche Ansicht sprechen die gesamten Ergebnisse des vorangegangenen Hauptteils. Schon der Besitzerwerb geht in vielen Fällen ohne Verwirklichung unmittelbarer physischer Elemente vor sich — vgl. die Darstellung über den verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk —, ein noch viel geringeres physisches Element enthält die Besitzlage, demnach kann der Inhalt der tatsächlichen Gewalt nur im Sinne der Planckschen Formulierung bestimmt werden, von der ja auch die vorliegende Untersuchung ausging. Es ist dies ein Weiter-

---

[9]) Fahrnis S. 63; Wolff § 6 und Anm. 1.

[10]) Besonders deutlich Rosenberg § 855 I, 1; Planck § 855, 1; Endemann § 33; Biermann § 855, 1.

[11]) Fahrnis a.a.O.

[12]) § 855, 1.

gehen des von Savigny beschrittenen Weges, d. h. Weiterentwicklung des psychischen Inhalts der tatsächlichen Gewalt auf Grund einer Weiterentwicklung und Erkenntnis der Raumlage. Es ist demnach festzustellen, daß § 855 wie § 854 Abs. 2 eine Erläuterung des § 854 Abs. 1 ist. Seine Hauptbedeutung liegt deshalb nicht in dem Aufstellen selbständiger Erfordernisse, sondern in der Ausscheidung von Zweifelsfragen.

b) Der Besitzerwerb durch Besitzdiener.

Das zweite hier hauptsächlich interessierende Problem liegt in der Beantwortung der Frage, wie sich der Besitzerwerb durch einen Besitzdiener vollzieht. Bisher wurde als erstes immer die Raumlage in ihrer Beziehung zum verkehrsmäßig anerkannten Begriff der tatsächlichen Gewalt betrachtet. Davon soll auch hier nicht abgewichen werden, nur muß berücksichtigt werden, daß an die Stelle der objektiven Raumlage die Herrschaftssphäre des Besitzdieners tritt. Ihre Auswirkung auf die des Besitzherrn muß demnach untersucht werden.

Es wurde festgestellt, daß der Verkehr generell Gewaltbezirke anerkennt, die sich unter dem Begriff des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks oder der sog. „objektiven custodia“ zusammenfassen lassen. Aber schon die Römer haben erkannt, daß man nicht nur durch räumliche Abgrenzung eine Einwirkung von außen her verhindern kann, sondern daß der gleiche Zweck auch durch einen Sklaven oder Bediensteten erreicht wird, deren Obhut man eine Sache anvertraut. Diese „subjektive custodia“[13]) ist demnach der objektiven gleichzustellen. Beiden ist die erkenntliche Ausprägung einer bestimmten Herrschaftssphäre — des Besitzherrn — eigentümlich, dort gesichert und begrenzt durch die physische Abgrenzung, hier durch das Befehlsrecht des Herrn und die entsprechende Gehorsamspflicht des Dieners[14]). Gerade dieses entscheidende Merkmal des Besitzdienstverhältnisses macht aber noch eine weitere Scheidung notwendig. Die auf sozialen Anschauungen[15]) beruhende Unterordnung ist keine absolute, sondern nur eine relative, ja man kann sogar sagen, daß der befehlsgebundenen Sphäre des Besitzdieners die befehlsfreie gleichberechtigt zur Seite steht. Letztere aber ist aus der subjektiven custodia auszuscheiden, weil in ihr keine Befehlsgewalt des Besitzherrn,

---

[13]) Goldschmidt, Besitzlehre S. 126, 2.

[14]) Leonhard, Fahrnis S. 63.

[15]) Leonhard a.a.O. S. 64; Endemann § 33.

sondern die jedem Menschen zugehörige eigene Gewaltsphäre zum Ausdruck kommt.

In der Wissenschaft geht demgegenüber der Streit in der Hauptsache darum, ob der Besitzdiener eigenen Besitz durch einen entsprechend darauf gerichteten Willen erwerben kann, oder ob die Abgrenzung zwischen eigenem und Herrenbesitz sich nach objektiven Merkmalen beurteilt. Das Problem liegt ähnlich der Frage, ob zum Besitzerwerb ein Wille nötig sei oder nicht. Der in der Hauptsache von Fleck[16]) und Leonhard[17]) vertretenen objektiven Theorie stehen die Ansichten gegenüber, die Willensmomente für die entscheidenden Trennungsmerkmale halten[18]). Zu diesem Streit läßt sich dasselbe sagen wie oben anläßlich der Kritik des Willensproblems beim Besitzerwerb (vgl. oben S. 10 11). Insbesondere ist die Auslegung der Wortbedeutung „für einen andern" (§ 855) ein gänzlich unzureichendes Mittel hierfür, festzustellen, ob und inwieweit ein Wille erforderlich und warum er erforderlich ist. — Demgegenüber ist wieder zu versuchen, aus einer Betrachtung der Raumlage der zu erwerbenden Sache eine Lösung des Problems zu gewinnen. Drei Fälle sind denkbar.

1. Die Sache gelangt in einen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk des Besitzherrn, der von dem Besitzdiener „verwaltet" wird. Ein Beispiel hierfür bietet der oben geschilderte Fall, in dem der Herr auf einige Tage verreist ist und der Diener das Haus behütet. Dann kann man von einer doppelten custodia sprechen. Nach wie vor besteht die Anerkennung des Verkehrs für den Besitzherrn, und im Innenverhältnis wird eine Auswechslung des Gewaltbezirksinhabers verhindert durch das dem Besitzherrn zustehende Befehlsrecht, das die Aufrechterhaltung der Interessenlage des Besitzherrn gewährleistet. Der Besitzerwerb des Besitzherrn beurteilt sich in einem solchen Fall nach den Grundsätzen des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks, also bei Einfügung der Sache Besitzerwerb, sofern nicht ein negativer geäußerter Wille des Besitz-

---

[16]) S. 366 ff.

[17]) S. 69 ff.; den Genannten nahestehend Sokolowski II S. 321: Entscheidend sei „die soziale Stellung des Besitzdieners und die Beziehung der Sache zu dem von dem Besitzdiener vertretenen Vermögenszweig".

[18]) Nur der Eigenerwerbswille des Besitzdieners ist bedeutsam: Rosenberg § 855 V, 1 u. 2; RGRK § 855, I. Der geäußerte Wille ist sowohl für den Eigen- wie auch für den Fremderwerb des Besitzdieners entscheidend: Bruns S. 149 ff., Wendt S. 96 ff.

herrn vorhanden ist. Leicht einzusehen ist, daß die Bildung eines eigenen Besitzes des Besitzdieners in einem solchen Falle mehr erfordert als einen nur inneren Willen, ja auch mehr, als zum Besitzerwerb im bezirksfreien Raum notwendig ist. Es genügt nicht eine Handlung, die den zu erwerbenden Gegenstand zwar ergreift, aber doch im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk des Besitzherrn läßt. Denn sofern diese Handlung nicht vom Besitzherrn gesehen und anerkannt wird, sodaß eine spezielle Ausscheidung aus seinem Gewaltkreis und ein geäußerter negativer den Besitzerwerb für die Zukunft hindernder Wille vorliegt, steht sie dem inneren Willen gleich, ist also unbeachtlich. Vielmehr muß ein einseitiger ohne Mitwirkung des Besitzherrn erfolgender Besitzerwerb sich derart vollziehen, daß die Sache aus dem verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk des Besitzherrn entfernt wird. Das kann dadurch geschehen, daß der Besitzdiener sie in einen ihm gehörenden verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk bringt, z. B. das Buch einsteckt.

2. Die Sache gelangt in einen verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk des Besitzdieners. Hier erwirbt grundsätzlich der Besitzdiener Besitz, weil sein verkehrsabgeschlossener Gewaltbezirk mit der befehlsfreien Sphäre zusammenfällt. Sofern ein negativer den Besitzerwerb hindernder Wille auf seiten des Besitzdieners besteht, ist zu prüfen, ob er der befehlsgebundenen Sphäre entspricht, dann Besitzerwerb des Besitzherrn nach den Grundsätzen des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks — subjektive custodia —, oder ob er gänzlich indifferent ist. Das heißt mit anderen Worten: ein Besitzerwerb des Besitzherrn an einer in den verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk des Besitzdieners gelangten Sache ist von dem geäußerten Willen des Besitzdieners abhängig, die Sache für jenen zu erwerben. Er kann z. B. daraus hervorgehen, daß ein Diener das für seinen Herrn abgegebene Paket in seinem Zimmer ungeöffnet beiseite legt.

3. Die Sache wird vom Besitzdiener im bezirksfreien Raum erworben: Hier läßt sich einwandfrei zunächst nur feststellen, daß Besitz erworben wurde, sofern nämlich die hierfür im bezirksfreien Raum entscheidenden Merkmale — positive Handlung — verwirklicht sind. Die Frage, wer Besitzer geworden ist, erfordert zunächst noch eine eingehendere Untersuchung. Die Sachlage kann in den Fällen eine gewisse Vermutung für den Besitz oder Besitzerwerb des Besitzherrn erzeugen, in denen dieser schon in eine tatsächliche Beziehung zur Sache getreten ist, z. B. wenn ein Diener geschickt wird, um eine gekaufte und

bereits ausgesuchte Sache zu holen. In den meisten Fällen wird sich aus den sie begleitenden Umständen ergeben, ob eine Vermutung für den Besitzerwerb des Besitzherrn spricht, z. B. wenn die Köchin auf dem Markt oder im Laden Lebensmittel mit dem Gelde ihrer Herrschaft kauft. Man kann auch sagen: ohne speziellen Auftrag bildet der dem Besitzdiener übertragene Aufgabenkreis gleichzeitig die äußerste Grenze, innerhalb deren die Bildung eines Interesses des Besitzherrn und damit die Entstehung einer solchen Vermutung möglich ist[19]). Aber es spricht eben dafür nur eine Vermutung, die leicht durch eine gegenteilige, einen eigenen Besitz begründende Handlung des Besitzdieners widerlegt werden kann[20]). Ergibt sich aber weder aus der Sache noch aus den sie begleitenden Umständen eine derartige Vermutung, dann wird in der Tat die Entscheidung von dem geäußerten Willen des Besitzdieners beim Besitzerwerb abhängen, denn ein anderes Kriterium ist nicht denkbar. Fehlt auch eine solche Aeußerung, dann spricht eine Vermutung für den Besitzerwerb des Besitzdieners. Z. B. eine mit eigenem Gelde bezahlte Schachtel Zigaretten kann der Besitzdiener sowohl für sich als auch für seinen Herrn in der Absicht, sich das Geld wiedergeben zu lassen, gekauft haben. Gänzlich verfehlt ist es m. E., hier eine Vermutung für den Besitzerwerb des Besitzherrn anzunehmen, eine Ansicht, der die objektive Theorie sehr nahe kommt. Für ein kulturell hochstehendes Volk ist nicht die befehlsfreie Sphäre des Menschen eine anormale Unterbrechung der befehlsgebundenen, sondern umgekehrt die Freiheit das höchste Gut, für die das Befehlsrecht eines anderen eine Ausnahme bedeutet, und deshalb seine Berechtigung in Zweifelsfällen nachweisen muß.

Sofern hiernach die Merkmale einen Besitzerwerb für den Besitzherrn ergeben, vollzieht er sich für ihn nach den Regeln des verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirks — Innenverhältnis — ein Wille des Besitzherrn ist demnach nicht erforderlich. Der Besitzdiener vermag im bezirksfreien Raum einen Willen des Besitzherrn zwar zu ersetzen, aber nicht zu brechen (vgl. die negative Funktion beim verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk). Im Außenverhältnis dagegen sind vom Besitzdiener die zum Besitzerwerb im bezirksfreien Raum notwendigen Handlungen vorzunehmen.

---

[19]) Endemann S. 210 und Anm. 9.

[20]) Aehnlich: Rosenberg § 855 V, 2; Bruns S. 150.

Für den Besitzerwerb durch den Besitzdiener läßt sich nach diesen Ausführungen folgendes Schema aufstellen:

Der Besitzerwerb durch Besitzdiener.

Die Sache befindet sich:	Herrschaftsbesitz	eigener	
im v.a.G. des B.H.	Der Besitz wird erworben nach den Grundsätzen des v.a.G. Ein Wille des B.D. ist nicht erforderlich. Vgl. S. 43, 8, I.	mit Mitwirkung d. B.H	spez. Ausscheidung durch positive Handlung des B.D.
		ohne Mitwirkung d. B.H	Trennung aus dem v.a.G. des B.H.
im v.a.G. des B.D.	Positive Willenshandlung des B.D. (sie enthält gleichzeitig das zur Ausscheidung aus dem v.a.G. des B.D. erforderliche negative Willensmoment).	nach den Grundsätzen des v.a.G.	
im b.R.	Vom geäußerten Willen des B.D. abhängig, evtl. Vermutung, wenn sich Herrschaftsbesitz aus der Natur der Sache oder den sie begleitenden Umständen ergibt.	vom geäußerten Willen des B. D. abhängig, evtl. Vermutung, wenn eine solche Aeußerung fehlt und sich auch nicht aus der Natur der Sache und den sie begleitenden Umständen eine Vermutung für den Besitzerwerb des B.H. ergibt.	
zum Erwerb ist erforderlich:	auf seiten des B.D. positive Handlung (Außenverhältnis) auf seiten des B.H. kein Wille notwendig, wohl aber negative Willensfunktion möglich (subjektive custodia)	positive Handlung des B.D.	

v.a.G. = verkehrsabgeschlossener Gewaltbezirk.
b.R. = bezirksfreier Raum.
B.H. = Besitzherr.
B.D. = Besitzdiener.

3. Der Besitz des Erben (§ 857).

Um die Stellung des § 857 in der Besitzlehre richtig würdigen zu können, muß berücksichtigt werden, daß der Hauptgrund, der zur Aufstellung der Bestimmung der Vererblichkeit des Besitzes führte, in praktischen Erwägungen bestand[21]) und die Klärung der systematischen Frage zurückgestellt wurde. Es kann also weniger als in den vorangegangenen Untersuchungen die Uebereinstimmung mit dem Normalbegriff des Besitzes vorausgesetzt werden, vielmehr werden sich die nachfolgenden Ausführungen von vornherein auf einen kritischen Vergleich einstellen müssen.

Es liegt der Gedanke nahe, daß es nur einer geringen Ausdehnung des psychischen Elements der tatsächlichen Gewalt bedürfe, um auch den Besitz des Erben im Rahmen des Normalbegriffs zu halten. Aber eine eingehende Betrachtung deckt doch sehr tiefgehende Unterschiede auf. Alle bisher untersuchten Tatbestände ergaben eine Beziehung der Person zur Sache, die entweder auf Grund einer Handlung dieser Person entstand (im bezirksfreien Raum) oder sich auf einer bereits vorhandenen tatsächlichen Sachgewalt — im verkehrsabgeschlossenen Gewaltbezirk — aufbaute. Nichts von alledem ist hier der Fall. Der Erbe erlangt den Besitz allein durch die Tatsache des Todes des Erblassers. Die Verwirklichung eines Besitzerwerbstatbestandes wurde aber als notwendigste Voraussetzung des Vorhandenseins der Besitzlage erkannt, weil sich nur dadurch feststellen läßt, ob überhaupt eine tatsächliche Beziehung zwischen Person und Sache besteht (vgl. S. 19/20, 27, 36).

Da hier der Erbe im Augenblick des Erbfalles keinerlei tatsächliche Gewalt im entwickelten Sinne besitzt, so wäre notwendigerweise ohne die Bestimmung des § 857 eine Handlung nach den Grundsätzen des bezirksfreien Raumes zum Besitzerwerb erforderlich. Ohne diese Handlung gleicht die Beziehung des Erben zum Nachlaß psychisch der physischen, bloßen Einwirkungsmöglichkeit auf eine Sache im bezirksfreien Raum, die zwar Grundlage eines entsprechenden Besitzerwerbs ist, aber für sich allein — und mag sie noch so lange und intensiv bestehen —, keinen Besitz herstellen kann. Demnach läßt sich Planck[22]) nicht beipflichten, wenn er sagt, daß, „wenn wir nur erst über die nicht zu verkennende Besonderheit des momentanen Aktes des Besitzerwerbs mit Hilfe positiver Normen hin-

[21]) Vgl. Prot. V S. 650 ff. und Planck § 857 vor 2.
[22]) § 857, 2 Abs. III.

weg sind, die Sachlage auch nicht die geringste Eigentümlichkeit mehr bietet". Denn dieser „momentane Akt" ist der wichtigste Teil der Besitzlage, weil durch ihn erst überhaupt die tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache faßbar wird.

Auch mit Hilfe des § 854 Abs. 2 ist eine Einbeziehung des Erbenbesitzes nicht möglich. Dort liegt die die Sachbeziehung verdeutlichende Handlung in der Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber. Es wurde festgestellt, daß darin gleichzeitig das einzige Moment besteht, das zur Anerkennung des Neubesitzes notwendig ist (vgl. S. 46). Hieraus läßt sich folgern, daß beim Besitz des Erben ohne die positive Bestimmung des § 857 überhaupt nicht von einer Beziehung zur Sache, viel weniger noch von einer tatsächlichen Gewalt gesprochen werden kann, sondern daß er ihm nur kraft Gesetzes zuzuerkennen ist. Infolgedessen ist der Ansicht Leonhards beizupflichten[23]), die den Besitz des Erben im Rahmen der Gesamtbesitzlage als Minderform bezeichnet.

[23]) Erbrecht: § 1922 II A, 3 a. Lehrb. i. k. Sätzen L. 100 II D und S. 101 IV A.

Lebenslauf.

Am 5. August 1911 wurde ich als Sohn des prakt. Tierarztes Dr. med. vet. Harry Schirop und seiner Ehefrau Else, geb. Hafenrichter, in Landsberg (Warthe) geboren. Seit Ostern 1918 besuchte ich die Vorschule und das humanistische Gymnasium in Landsberg (Warthe) und bestand dort Ostern 1930 die Reifeprüfung. Nach einer halbjährigen praktischen Tätigkeit in einer Maschinenfabrik begann ich im W.S. 1930/31 das rechtswissenschaftliche Studium an der Universität München, das ich an den Universitäten Berlin und Marburg fortsetzte. Am 30. 6. 1934 bestand ich vor dem jur. Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Prüfung. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 14. 11. 1934 vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg ab.

Herrn Geh. Prof. Dr. Leonhard möchte ich auch an dieser Stelle noch einmal für seine tatkräftige Hilfe und Bestärkung in der Durchführung der neuen Idee danken.